



*Ordine dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili di Arezzo*

*Commissione di Studio*

*DIRITTO TRIBUTARIO*

**ABUSO DEL DIRITTO**

**EVOLUZIONE-INTERPELLI**

**RESPONSABILITÀ-DIFESE**

*Arezzo, gennaio 2019*

I componenti della Commissione:

*Pietro Benedetti- Coordinatore*

*Elena Berneschi*

*Stefano Capaccioli*

*Laura Ceccherini*

*Sabrina Duchi*

*Sara Duchi*

*Silvia Gadani*

*Bruno Lucarini*

*Fabio Noferi*

*Laura Valoriani*

*Filippo Venturini*

*Luigi Vignaroli*

*Il presente lavoro è stato elaborato dalla “Commissione di Studio-Diritto Tributario” costituita all’interno dell’Ordine dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili di Arezzo su iniziativa del Consiglio dell’Ordine e del suo Presidente Giovanni Grazzini.*

*La formazione di Commissioni di Studio ha lo scopo di promuovere studi, ricerche ed approfondimenti nell’ambito dei settori e delle materie assegnate ed è un’occasione importante per agevolare l’attività di interpretazione delle leggi, la diffusione di conoscenza delle norme, degli strumenti e delle tecniche operative necessarie per lo svolgimento della professione di Dottore Commercialista ed Esperto Contabile.*

*Questo primo lavoro, coordinato dal Dott. Pietro Benedetti ha come finalità la divulgazione, tra tutti i membri dell’Ordine, dell’argomento dell’Abuso di Diritto, esaminandone l’attuale normativa, la più autorevole dottrina e la più significativa giurisprudenza sia nazionale sia comunitaria. Il tutto affrontato, discusso ed elaborato secondo le conoscenze ed esperienze dei componenti della Commissione*

**ABUSO DEL DIRITTO  
LO STATO DELL'ARTE.**

Sommario	
INTRODUZIONE – (Stefano Capaccioli).	6
1. ABUSO DEL DIRITTO- CENNI – (Luigi Vignaroli).	7
1.1. ABUSO DEL DIRITTO	7
1.1.1. EVOLUZIONE STORICA	7
1.1.2. GLI ELEMENTI COSTITUTIVI	7
1.2. ABUSO/ELUSIONE DEL DIRITTO IN AMBITO TRIBUTARIO	8
1.2.1. LE DIVERSE OPINIONI DOTTRINALI IN MATERIA DI ELUSIONE.	8
1.2.2. LE MODALITÀ TRADIZIONALI DI CONTRASTO ALL'ELUSIONE. INTERPRETAZIONE- RIQUALIFICAZIONE- FRODE ALLA LEGGE	9
1.2.3. LA TIPIZZAZIONE DELL'ELUSIONE: GLI ARTICOLI 10 L.408/90 E 37 BIS D.P.R.600	10
1.2.4. L'ATTUAZIONE DELLA DELEGA E NORMA GENERALE ANTIABUSO.	12
1.2.5. ABUSO/ELUSIONE NELLA GIURISPRUDENZA COMUNITARIO-CENNI.	12
2. ANALISI DELLE OPERAZIONI STRAORDINARIE.	15
2.1 COSA SI INTENDE PER OPERAZIONI STRAORDINARIE NEL DUPLICE RUOLO DI RIORGANIZZAZIONE E RISTRUTTURAZIONE. (Bruno Lucarini – Laura Valoriani – Sabrina Duchi – Sara Duchi)	15
2.2. FUSIONI ED ABUSO DI DIRITTO. (Silvia Gadani)	15
2.2.2 AVANZO E DISAVANZO DI FUSIONE: ASPETTI FISCALI E NORMATIVA DI RIFERIMENTO.	15
2.2.3. FUSIONI INVERSE E IMPOSTA SOSTITUTIVA.	17
2.2.4. RIPORTO NELLA FUSIONE DI PERDITE FISCALI.	19
2.2.5. RIPORTO DEGLI INTERESSI PASSIVI.	22
2.2.6. POSSIBILE SCELTA TRA FUSIONE E LIQUIDAZIONE.	23
2.2.7. OPERAZIONI DI ACQUISIZIONE CON INDEBITAMENTO: PUÒ GENERARE UN ABUSO DEL DIRITTO?	25
2.2.8. LE POSSIBILI 'FACCE' DELL'ABUSO DEL DIRITTO.	27
2.3. L'ABUSO DEL DIRITTO NELLE OPERAZIONI DI SCISSIONE. (Filippo Venturini)	28
2.3.1. ASPETTI NORMATIVI DELLA SCISSIONE.	28
2.3.2. ASPETTI CONTABILI DELLA SCISSIONE.	30
2.3.3. ASPETTI FISCALI DELLA SCISSIONE.	32
2.3.4. L'ABUSO DEL DIRITTO NELLE SCISSIONI.	34
2.4 SCAMBIO DI PARTECIPAZIONI E ABUSO DEL DIRITTO. ( Bruno Lucarini – LauraValoriani – Sabrina Duchi – Sara Duchi)	38
2.4.1 LO SCAMBIO DI PARTECIPAZIONI ATTRAVERSO LA PERMUTA (ARTICOLO 177, COMMA 1, DEL TUIR)	39

2.4.2 LO SCAMBIO DI PARTECIPAZIONI MEDIANTE CONFERIMENTO (ARTICOLO 177, COMMA 2, DEL TUIR).	40
2.4.3 LA NORMA ANTIELUSIVA SPECIFICA.	41
2.4.4 GLI INTERVENTI DI PRASSI SUL TEMA.	42
2.5. CESSIONE INTERI PACCHETTI SOCIALI E ABUSO DEL DIRITTO. (Bruno Lucarini – Laura Valoriani – Sabrina Duchi – Sara Duchi)	47
2.5.1 ABUSO DEL DIRITTO	48
2.5.2 LA CONTESTAZIONE DELL'ELUSIONE NEL TRIBUTO DI REGISTRO E NELLE IMPOSTE IPO-CATASTALI ED IL RUOLO DELL'ART.20 TUIR.	50
2.6. PATENT BOX E ABUSO DEL DIRITTO. (Bruno Lucarini – Laura Valoriani – Sabrina Duchi – Sara Duchi) Nuova normativa	52
2.6.1 COSA È IL PATENT BOX E CHI PUÒ USUFRUIRNE	52
2.6.2 IL CALCOLO DELL'AGEVOLAZIONE	53
2.6.3 PATENT BOX E ABUSO DEL DIRITTO.	55
2.7. TRASFORMAZIONE DI SOCIETÀ PARTECIPATE ALL'ESTERO IN STABILE ORGANIZZAZIONE ALL' ESTERO (Elena Berneschi)	56
2.7.1. INSEDIAMENTO ALL'ESTERO: COSTITUZIONE DI UNA SOCIETÀ.	56
2.7.1.1. PROBLEMATICHE DELL'ESTEROVESTIZIONE (ART. 73 COMMA 3 E 5 BIS TUIR).	56
2.7.1.2. DISCIPLINA DEL CONTROLLED FOREIGN COMPANIES.	57
2.7.2. INSEDIAMENTO ALL'ESTERO TRAMITE STABILE ORGANIZZAZIONE.	58
2.7.2.1. DISCIPLINA TRIBUTARIA.	59
2.7.2.2. BRANCH EXEMPTION E I POSSIBILI COMPORTAMENTI ABUSIVI.	61
2.7.2 CONCLUSIONI.	62
3. INTERPELLI E DIFESE/RESPONSABILITÀ DEL PROFESSIONISTA.	63
3.1. LE RESPONSABILITÀ DEL PROFESSIONISTA: RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA E RESPONSABILITÀ A LIVELLO PENALE. – (Fabio Noferi)	63
3.1.1. INTRODUZIONE.	63
3.1.2. L'ABUSO DEL DIRITTO E LA RIFORMA DEI REATI TRIBUTARI: CENNI.	64
3.1.3. LE FATTISPECIE ABUSIVE E L'APPLICAZIONE DELL'ARTICOLO 20 DPR 131/1986 DA PARTE DELLA AMMINISTRAZIONE FINANZIARIA: CENNI.	66
3.1.4. L'ARTICOLO 176 COMMA 3 DEL TUIR: CENNI.	67
3.1.5. IL RUOLO DEL PROFESSIONISTA NELLE OPERAZIONI STRAORDINARIE: LE RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVE E PENALI.	67
3.1.6. LE RESPONSABILITÀ DI NATURA AMMINISTRATIVA.	68
3.1.7. LE RESPONSABILITÀ DI NATURA PENALE.	69
3.2. INTERPELLO - ASPETTI PROCEDURALI E ASPETTI SOSTANZIALI. – (Laura Ceccherini).	75
3.2.1. QUADRO NORMATIVO.	75
3.2.2. TIPOLOGIE DI INTERPELLO.	76
3.2.3. PROFILI PROCEDURALI.	76

3.2.4. DEFINIZIONE E OGGETTO DELL'INTERPELLO ANTIABUSO.	76
3.2.5. CONTENUTO DELL'INTERPELLO ANTIABUSO.	77
3.2.6. MODALITÀ DI PRESENTAZIONE DELLE ISTANZE.	77
3.2.7. TEMPI DI RISPOSTA DA PARTE DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE.	79
3.2.8. GLI EFFETTI DELLA RISPOSTA.	80
3.2.9. GLI EFFETTI DELL'INTERPELLO SU ACCERTAMENTO E CONTENZIOSO.	82
3.2.10. APPLICABILITÀ DELL'ISTITUTO DELL'INTERPELLO ALLE IMPOSTE D'ATTO E AI TRIBUTI LOCALI.	83
3.3. ABUSO DEL DIRITTO – LE DIFESE DEL CONTRIBUENTE. - (Pietro Benedetti)	85
3.3.1 PREMESSA.	85
3.3.2. I PRESUPPOSTI COSTITUTIVI.	87
3.3.3 I FATTI CONTRARI.	91
3.3.4 FASE ENDOPROCEDIMENTALE.	91
3.3.5. FASE PROCESSUALE.	93
3.3.6. CONCLUSIONI.	95

**INTRODUZIONE – (Stefano Capaccioli).**

Il diritto tributario costituisce terreno di scontro tra la potestà impositiva dello Stato e la libertà economica del cittadino.

I principi che, dopo secoli di rivoluzioni ed evoluzioni, governano tale contrastato rapporto affondano nella Magna Charta Libertatorum che introdusse il divieto per il sovrano di imporre nuove tasse ai suoi vassalli diretti senza il previo consenso del *commune consilium regni*, il consiglio comune del regno.

Tali principi, oramai codificati nella nostra Costituzione, nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, costituiscono un argine alla potestà impositiva e all'azione amministrativa.

Il nostro Paese non si distingue nel loro rispetto essendo più di una volta risultato parte soccombente da parte di contribuenti italiani che hanno adito le Corti internazionali per vederseli riconosciuti (su tutte l'ultima Sentenza Brazzi<sup>1</sup>).

Lo stesso Statuto del Contribuente è stato approvato con legge ordinaria senza assurgere al necessario livello di interpretazione costituzionale per costituire le regole di ingaggio tra le due parti, una portante un interesse pubblico e un'altra diritti soggettivi.

Il disastro tributari Italiano - in un sottobosco di Regi Decreti, Decreti del Presidente Provvisorio della Repubblica, Leggi, Decreti Legge, Decreti Legislativi, Decreti del Presidente della Repubblica, Decreti Ministeriali, Provvedimenti, Determine, Comunicati Stampa, Circolari, Risoluzioni, Sentenze, Ordinanze, ecc. – costituisce un pernicioso habitat in cui tutto può avvenire, sia la più imbarazzante elusione sia la più fantasiosa interpretazione arbitraria. Entrambe hanno albergo in tale marasma.

In tale contesto, l'“abuso del diritto” costituisce un argomento difficilmente inquadrabile ed assai eteromorfo. Tale espressione è spesso utilizzata con più di un significato ed in numerose situazioni diverse tra loro. In generale, focalizzando l'attenzione nell'ambito giuridico, si può definire l'abuso del diritto come un “esercizio anomalo di un diritto” da parte del legittimo titolare.

In estrema sintesi e con spirito di mera introduzione, tale espressione può afferire a tutti gli atti che, pur rientrando nell'ambito dell'ordinamento giuridico, si rivelano manifestamente contrari alle finalità economico sociali per cui l'ordinamento è stato configurato, generando un corto circuito tra la certezza del diritto e la teleonomia di un sistema giuridico.

La linea tra risparmio lecito di imposta, elusione e abuso del diritto non può che essere sottile, talvolta impalpabile e sfuggente, costituendo caratteristiche qualitative piuttosto che quantitative che possono portare dall'arbitrio interpretativo fino allo svilimento della libertà di scelta del contribuente tra i regimi opzionali diversi offerti dalla legge con l'aberrante rischio di giungere ad un'interpretazione secondo cui il comportamento fiscalmente corretto va identificato, *secundum eventum*, come quello in concreto più costoso. L'ulteriore problema è costituito dalla portata applicativa dell'abuso che assume dimensioni sconfinite, non essendo predeterminabile, a differenza dell'evasione e del legittimo risparmio d'imposta. Questo lavoro cerca di dare una guida concettuale che ripercorra l'evoluzione storica del fenomeno in campo tributario, con un'analisi dei tentativi di limitarne le manifestazioni, per poi analizzare l'abuso del diritto nelle operazioni straordinarie in generale ed in particolare, approfondendo ogni singola operazione. Il lavoro si conclude con l'analisi delle responsabilità del professionista, sia dal punto di vista amministrativo sia penale, verificando la portata ed i rischi, con l'analisi del procedimento di interpello e terminando con le difese del contribuente in fase endoprocedimentale amministrativa e processuale.

---

<sup>1</sup> Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 27 settembre 2018 - Ricorso n. 57278/11 - Causa Brazzi contro Italia.

## 1. ABUSO DEL DIRITTO- CENNI – (Luigi Vignaroli).

### 1.1. ABUSO DEL DIRITTO

#### 1.1.1. EVOLUZIONE STORICA

A metà del XIX secolo la giurisprudenza francese formalizzò il concetto di abuso del diritto individuandolo nella responsabilità che grava sul suo titolare per i pregiudizi che può causare ad altri soggetti nell'esercitarlo.

In scia, altri Paesi: Germania, Svizzera, Spagna, lo fecero proprio.

In Italia, sebbene oggetto di trattazione da parte della dottrina sin dai primi anni del '900, l'argomento è stato approfonditamente considerato in occasione della stesura del codice civile del 1942, ma per non indebolire la certezza delle norme, i codificatori decisero di introdurlo nel progetto preliminare della bozza dell'articolo 7 che aveva lo scopo di regolamentarlo, statuendo:

*<< nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo gli è stato riconosciuto >>*

tuttavia il legislatore, conscio della sua importanza, decise di limitarlo a singole fattispecie:

- Articolo 330 abuso della potestà genitoriale;
- Articolo 1015 abuso dell'usufruttuario;
- Articolo 2793 abuso della cosa data in pegno da parte del creditore pignoratizio;

a cui si aggiunsero, poi, altre disposizioni quali:

- l'articolo 833 *<< Divieto di atti emulativi >>: il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri;*
- l'articolo 1175 *<< Comportamento secondo correttezza >>: Il debitore ed il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza >>;*
- l'articolo 1375 *<< Esecuzione di buona fede >>: Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede >>.*

#### 1.1.2 GLI ELEMENTI COSTITUTIVI

La Cassazione Civile Sezione III, con la sentenza del 18 settembre 2009 n° 20106, successivamente confermata dalla pronuncia 10 novembre 2010 n°22819, statuendo che:

*<< disporre di un potere non è condizione sufficiente di un suo legittimo esercizio se, nella situazione data, la patologia del rapporto può essere superata facendo ricorso a rimedi che incidono sugli interessi contrapposti in modo più che proporzionato >>*

ha individuato nella buona fede e correttezza i principi in assenza dei quali si manifesta l'abuso stabilendone i presupposti:

- titolarità di un diritto in capo ad un soggetto giuridico;
- possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate;
- esercizio secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico od extra-giuridico;
- sproporzione ingiustificata tra il beneficio che ne ritrae il titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte.

L'abuso del diritto, in sostanza, è ravvisabile nel nostro ordinamento quando nel collegamento tra il potere di autonomia conferito al soggetto ed il suo esercizio risulti alterata la funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere che lo prevede.

Il principio ha trovato espresso riconoscimento anche in ambito comunitario con l'articolo 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, firmata a Nizza il 7 dicembre 2000, che, in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, 1° dicembre 2009, ha acquistato lo stesso valore giuridico dei Trattati. L'articolo rubricato "Divieto dell'abuso del diritto" prevede che:

<< Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste nella presente Carta.>>

In dottrina molteplici i contributi.<sup>2</sup>

### 1.2. ABUSO/ELUSIONE DEL DIRITTO IN AMBITO TRIBUTARIO

#### 1.2.1. LE DIVERSE OPINIONI DOTTRINALI IN MATERIA DI ELUSIONE.

Enno Becker, Presidente di Sezione della Corte di Cassazione Fiscale tedesca, negli anni successivi alla prima guerra mondiale, partendo dal principio per cui nell'interpretare la legge si doveva considerare "il relativo scopo, il significato economico, lo sviluppo dei rapporti" giunse alla conclusione che la giurisprudenza dovesse abbandonare l'applicazione formalistica della norma per contrastare con maggiore efficacia il fenomeno dell'elusione d'imposta.

In Italia, tale teoria, fu in larga parte condivisa da Benvenuto Grizziotti<sup>3</sup>, fondatore della scuola di Pavia, costituendone poi l'argomento principale della sua pubblicazione del 1940 "Lo studio funzionale dei fatti finanziari".

L'Autore, in linea con il Becker, sostenne che il giudice nell'attuare la disposizione tributaria non dovesse fermarsi alla semplice indicazione formale, ma fosse tenuto ad individuarne il risultato economico e, quindi, fosse obbligato ad applicarla a tutte le fattispecie idonee a raggiungere il medesimo scopo, anche se tramite strumenti civilistici diversi da quelli indicati nella norma.

Successivamente, con la promulgazione della Costituzione, l'Autore rafforzò il suo pensiero e sulla base del primo comma dell'articolo 53 "Tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva" sostenne che la norma dovesse estendersi a tutti i fatti che risultavano espressivi della medesima capacità contributiva.

In conseguenza di tale assunto si accese un importante dibattito in relazione all'interpretazione dell'articolo 8 dell'allora vigente imposta di registro "Le tasse sono applicate secondo l'intrinseca natura e gli effetti degli atti e dei trasferimenti, se anche non vi corrisponde il titolo o la forma apparente" per cui, secondo la scuola di Pavia, l'espressione "effetti degli atti e dei trasferimenti" avrebbe dovuto intendersi come riferita alle conseguenze economiche dell'atto sottoposto a registrazione e non a quelle giuridiche, con la conseguenza che due contratti, identici quanto ad effetti economici prodotti, sebbene aventi una diversa qualificazione civilistica, avrebbero dovuto scontare lo stesso tributo.

Diversa l'interpretazione, estesa anche al campo dell'imposizione diretta, di vari Autori, tra cui Antonio Uckmar e Antonio Berliri, secondo i quali l'individuazione dei fatti espressivi della capacità contributiva era prerogativa spettante unicamente al legislatore. In caso contrario, sostituendo al dettato della norma la sua

---

<sup>2</sup> : M. Rotondi (*L'Abuso del Diritto-in Riv. dir. civ.-1923 pag. 105 e ss*) di P. Rescigno (*L'abuso del diritto-pag. 13 e ss- Bologna 1958*) U. Natoli (*Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano. Riv. trim.dir.proc.civ.,1958, 37 e ss*) S. Romano (*Abuso del Diritto, in Enc. del diritto, I, Milano,1958, 168 e ss*) S. Patti (*Abuso del Diritto, in Dig. Disc.Priv.,Torino 1987, 22 e ss -in Digesto delle discipline privatistiche, Sezione Civile 1993.pag 2 e ss*) D. Messinetti (*Abuso del Diritto, in Enc. del diritto, aggiornamento II, Milano 1998, 1ss*) C. Salvi (*Abuso del Diritto. I) Diritto civile, in Enc. Giu., I, Roma 1988*).

<sup>3</sup> v.Melis-Rivista Diritto Tributario 2008 pag.413



interpretazione, si sarebbe prodotta una inevitabile ed inaccettabile violazione del principio della riserva di legge in materia tributaria, sancito dall'articolo 23 della Costituzione.

Gli Autori affermavano che se il legislatore avesse errato nell'individuare fatti espressivi della capacità contributiva tale lacuna non poteva essere corretta dall'attività interpretativa. L'eventuale vantaggio di cui il contribuente veniva a godere avrebbe dovuto essere considerato come legittimo risparmio d'imposta.

Teoria confermata dalla sentenza della Suprema Corte 930/1941 che recita:

*“ Per l'omogeneità sistematica, e per la certezza del diritto che deve derivare dall'ordinamento giuridico, è da presumere in massima che quando una norma di diritto tributario faccia riferimento a un rapporto di diritto privato, abbia adottato anche la definizione che di quel rapporto ha dato la legge di diritto privato, salvo il caso che per le speciali esigenze dell'ordinamento tributario da espressa disposizione della legge d'imposta dal sistema della medesima non risulti chiaro che il legislatore volle adottare al riguardo diversa disposizione”.*

### **1.2.2. LE MODALITÀ TRADIZIONALI DI CONTRASTO ALL'ELUSIONE.**

#### **INTERPRETAZIONE- RIQUALIFICAZIONE- FRODE ALLA LEGGE**

Preclusa la strada dell'interpretazione si è ricorsi alla riqualificazione del contratto e alla sua nullità per frode alla legge.

La riqualificazione si esplica attraverso un procedimento il cui fine consiste nell'attribuire al contratto la qualifica che connatura uno dei negozi previsti dalla disposizione elusa.

In materia si cita, come atto esemplificativo di tale processo, la sentenza del 1979 “Orsi Mangelli”.

Oggetto di tale pronuncia fu un'operazione in cui un genitore aveva effettuato una donazione al figlio di buoni del tesoro che successivamente il figlio utilizzò come strumento di pagamento per l'acquisto di alcuni di immobili di proprietà del genitore con il risultato che il trasferimento immobiliare venne assoggettato all'imposta di registro e non alla più gravosa imposta sulle donazioni e successioni.

La Suprema Corte nel ridefinire l'operazione come donazione tenne conto degli effetti economici e non giuridici dando nel contempo rilievo al collegamento negoziale esistente tra gli atti.

La dottrina, nella sua grande maggioranza, sostenne e sostiene l'opposto evidenziando che l'Amministrazione Finanziaria ben può procedere alla riqualificazione, ma senza superare la realtà giuridica del contratto a favore della realtà economica, salvo che non sia previsto da un'apposita norma di legge<sup>4</sup> e ciò in derivazione dell'articolo 23 della Costituzione che impone al legislatore di disciplinare in modo tassativo la fattispecie impositiva al fine di eliminare qualsiasi margine di discrezionalità in capo all'Amministrazione finanziaria e, con esso, eventuali arbitrii e prevaricazioni ai danni del contribuente.

Dottrina autorevole, negli anni dal 1970-1980<sup>5</sup>, valutando la norma tributaria come imperativa e, quindi, come clausola generale antifrode, ritenne applicabile anche in materia tributaria i disposti dell'articolo 1344 codice civile” *Si reputa altresì illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa”.*

Dottrina<sup>6</sup> si è opposta a tale interpretazione, in ciò confortati dalle sentenze della Suprema Corte 3979/2000 e 11351/2001.

---

<sup>4</sup> G. Liccardo- *Introduzione allo studio del diritto tributario*, in *Trattato di diritto tributario*- diretta da A. Amatucci, Padova- 1994)

<sup>5</sup> F.Gallo - *Brevi spunti in materia di elusione e frode alla legge*-Rassegna Tributaria 1989- pag 11 ss, F.Santonastaso-*I negozi in frode alla legge fiscale*-Diritto e Pratica Tributaria 1970, pagg. 505 ss, P. Paciotto *Attività negoziale, evasione ed elusione tributaria*-Rivista diritto Finanziario 1985 pag.729,M.P. Tabellini- *L'elusione fiscale*-Milano 1988 pag 72)

<sup>6</sup> N.Dolfin-*Negozi indiretto e imposta di registro*-Giurisprudenza Italiana 1978 pag 108 ss, M.A. Galeotti Flori-*L'elusione fiscale*-Il Fisco 1985 pag. 1988, S. Cipollina-*La legge civile e la legge fiscale. Il Problema dell'elusione fiscale*. Padova 1992 pag.149 ss; P. Rescigno- *Manuale di Diritto Privato*-Napoli 1983pag342)

---

Tuttavia, la critica maggiore all'applicabilità dello strumento della frode consisteva nel fatto che tale procedura oltre che essere eccessiva risultava insufficiente ai fini del contrasto dell'elusione. Infatti, a fronte della dichiarazione di nullità degli atti l'Amministrazione finanziaria non possedeva lo strumento per riqualificarlo così da poter recuperare a tassazione quanto dovuto.

Sulla base di tali argomentazioni anche la dottrina che si era schierata a favore dell'applicabilità dell'articolo 1344 rivide le proprie posizioni<sup>7</sup> ed oggi si può affermare che l'utilizzo della frode alla legge per contrastare l'elusione è strumento non più utilizzato.

### 1.2.3. LA TIPIZZAZIONE DELL'ELUSIONE: GLI ARTICOLI 10 L.408/90 E 37 BIS D.P.R.600

Di pari passo all'aumento della pressione fiscale si accentuarono i comportamenti elusivi facendo divenire sempre più necessaria, anche su sollecitazione comunitaria (Direttiva 344/1990), una legislazione di contrasto diversa dalle procedure tradizionali, riqualificazione e frode alla legge. Ampio il dibattito dottrinale e le proposte legislative che iniziarono nel 1986 e si conclusero nel 1990 con la promulgazione della legge 408 il cui articolo 10, al 1° comma, recitava:

*“ è consentito all'amministrazione finanziaria disconoscere ai fini fiscali la parte del costo delle partecipazioni sociali sostenuto e comunque i vantaggi tributari conseguiti in operazioni di fusione, concentrazione, trasformazione, scorporo e riduzione di capitale poste in essere senza valide ragioni economiche ed allo scopo esclusivo (la direttiva richiedeva la semplice prevalenza) di ottenere fraudolentemente un risparmio di imposta”.*

Modificato con le leggi 724/94 e 662/96, in:

*“è consentito all'amministrazione finanziaria disconoscere i vantaggi tributari conseguiti in operazioni di concentrazione, trasformazione, scorporo, cessione di azienda, riduzione di capitale, liquidazione, valutazione di partecipazioni, cessioni di crediti o valutazione di valori mobiliari poste in essere senza valide ragioni economiche ed allo scopo esclusivo di ottenere fraudolentemente un risparmio di imposta”.*

Nel concreto l'elusione secondo i disposti dell'articolo 10 della Legge 408/90 si manifestava **solo se contemporaneamente** risultavano presenti tre condizioni:

- L'assenza di valide ragioni economiche;
- Lo scopo esclusivo di ottenere un risparmio d'imposta;
- La modalità fraudolenta per ottenere il risparmio.

Secondo dottrina e giurisprudenza maggioritarie, la prima condizione si verificava quando l'imprenditore non avrebbe mai compiuto l'operazione se avesse agito nel rispetto di normali criteri di convenienza economica che normalmente caratterizzano l'attività d'impresa. La seconda, derivazione naturale della prima, mentre la terza, richiamando la *fraudolenza*, rappresentava il vero vulnus della norma in quanto se assunta secondo il suo significato penalistico non avrebbe mai trovato applicazione, posto che gli artifici e raggiri che connaturano il compimento di atti con tale modalità sono estranei alla condotta elusiva<sup>8</sup>. Da parte dell'Amministrazione Finanziaria, tramite il Servizio Centrale degli Ispettori Tributarî (SECIT), si sostenne, con la delibera 105/1994 che l'avverbio fraudolentemente aveva matrice civilistica ex articolo 1344 codice civile senza che comportasse la nullità dell'atto e ciò perché lo stesso articolo 10 ne prevedeva l'esclusione recitando *“ E' consentito all'Amministrazione finanziaria disconoscere i vantaggi tributari conseguiti, pur rimanendo evidentemente valide le conseguenze civilistiche.*

In considerazione dei suoi limiti e dalla necessità di contrastare nuove operazioni elusive che sempre più apparivano nel mercato, si ricorda, a titolo esemplificativo, il *dividend washing* e il *dividend stripping*,

---

<sup>7</sup> F. Gallo, *Rassegna Tributaria*-2016 pag.839

<sup>8</sup> R.Lupi-Prime ipotesi in tema di norma antielusione sulle operazioni societarie-Rivista Diritto Tributario 1992 pag. 447 ss; F. Paparella-Riflessioni in margine all'articolo 10 della legge 408/90, relativo alla ristrutturazione delle imprese-Diritto e pratica tributaria.1995, pag. 1848 ss; G. Zoppini-Fattispecie e disciplina dell'elusione nel contesto delle imposte reddituali-Rivista Diritto Tributario 2002, pag 92 ss

l'articolo 10 della legge 408/90 venne abrogato e sostituito, tramite il D. Lgs. 358/97, inserendo nel D.P.R. 600/73 un nuovo articolo, individuato dal numero 37-bis, rubricato "Disposizioni antielusive" che al 1° comma recitava:

*"Sono inopponibili all'amministrazione finanziaria gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra di loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare gli obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti".*

e puntualizzando al 2° comma che:

*"L'amministrazione finanziaria 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".*

mentre al 3° comma statuiva che l'applicazione delle disposizioni del 1° e 2° comma erano sottoposte alla presenza della condizione per cui nell'ambito del comportamento elusivo fosse utilizzata una o più delle operazioni analiticamente elencate nello stesso.

Rispetto all'articolo 10 era stato cassato l'avverbio *fraudolentemente* sostituito con la previsione che gli atti, i fatti e i negozi fossero *diretti ad aggirare obblighi e divieti* da intendersi come *fraus legis*, ex articolo 1344 del codice civile, in linea con l'interpretazione data dalla dottrina vigente la precedente normativa. Eliminato il riferimento al carattere esclusivo della finalità elusiva fu possibile considerare una molteplicità di atti, fatti e negozi, anche fra loro collegati, e non la singola operazione. Contemporaneamente risultava ampliato l'elenco delle operazioni che potevano dar luogo all'elusione e previsto che la norma non si applicasse solo al risparmio d'imposta, ma anche ai rimborsi e all'indebito vantaggio fiscale.

L'articolo 37-bis essendo limitato solo alle imposte sui redditi e alle operazioni elencate al terzo comma, non colpiva quelle nuove che si andavano sviluppando nel mercato. Limite che venne superato dalla giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione che, con le tre sentenze 30055-30056-30057 del dicembre 2008, affermò l'esistenza nell'ordinamento tributario di un generale principio antielusivo derivante dalla Costituzione. In particolare l'articolo 53 di cui l'articolo 37-bis costituiva un mero sintomo.

Le tre pronunce trovarono sostanziale continuità nelle successive, anche se il ritenere la norma tributaria validata da una disposizione di rango costituzionale, conteneva elementi potenzialmente dirompenti tanto che, in seguito, l'Amministrazione Finanziaria ne fece un uso distorto includendo nell'abuso le più varie fattispecie quali: simulazione, interposizione, comportamenti antieconomici ecc...

La stessa Cassazione, dinanzi a tale situazione, cominciò a dare timidi segnali di ripensamento come nel caso delle sentenze 20030/2010 e successivamente 1372/2011-22716/2011 e 12622/2012, ma non tanto sulla nozione di abuso, quanto nella sua applicazione pratica affermando che, anche se lo schema contrattuale adottato dalle Parti non risultava, di prassi, essere di il più comune o logico rispetto altre modalità di attuazione dell'operazione sotto esame, l'Amministrazione rimaneva gravata dall'onere di fornire le prove del vantaggio fiscale realizzato dal contribuente.

La dottrina contestò fortemente tale modo di procedere tanto da definire l'abuso come *<<un onnivoro contenitore che mescola fenomeni aventi natura distinta tra loro>>*<sup>9</sup>

Per effetto delle incertezze giurisprudenziali, delle forti critiche provenienti dalla dottrina e dell'impulso riveniente dalle Autorità comunitarie, raccomandazione 6/12/2012 con la quale si invitavano gli Stati membri a dotare la legislazione tributaria di una norma generale antiabuso sulla pianificazione fiscale aggressiva, il Parlamento delegò, articolo 5 legge 23/2014, il Governo ad attuare la riforma in materia di elusione/abuso.

---

<sup>9</sup> G. Falsitta- *Spunti Critici e ricostruttivi sull'errata commistione di simulazione ed eluzione nell'onnivoro contenitore dell'abuso del diritto-Rivista diritto tributario 2010-pag.2010 pag.365)*

#### **1.2.4. L'ATTUAZIONE DELLA DELEGA E NORMA GENERALE ANTIABUSO.**

La delega ha trovato attuazione con l'articolo 10-bis della legge 212/2000, Statuto dei diritti del contribuente, rubricato "*Disciplina dell'abuso del diritto o elusione fiscale*", che definisce, comma 1° e 2°, la fattispecie in esame recitando:

*"1° Configurano abuso del diritto una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi economici indebiti.....omissis....."*

*2° Ai fini del comma 1 si considerano:*

- a) operazioni prive di sostanza economica i fatti, gli atti e i contratti, anche tra loro collegati, inidonei a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali. Sono indici di mancanza di sostanza, economica, in particolare, la non coerenza della qualificazione delle singole operazioni con il fondamento giuridico nel loro insieme e la non conformità dell'utilizzo degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato;*
- b) vantaggi fiscali indebiti, anche non immediati, realizzati in contrasto con la finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario.*

Il successivo 3° comma specifica che la qualifica di abuso/elusione non si ha, in ogni caso, se le operazioni sono giustificate da valide ragioni extrafiscali, non marginali, anche di ordine organizzativo o gestionale, che rispondono a finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa ovvero dell'attività professionale del contribuente.

Attualmente gli elementi costitutivi dell'abuso/elusione sono:

- l'assenza di sostanza economica in quanto non rispondenti alle *normali logiche di mercato*;
- la realizzazione di *un vantaggio fiscale indebita*.

Le *normali logiche di mercato* si verificano quando le parti che interloquiscono nel mercato, inteso come luogo ideale in cui si incontrano domanda offerta di beni e servizi, pur nella legittima aspirazione alla massimizzazione del risultato economico a cui ognuna di essa aspira, lo fanno nel rispetto dei principi di libera concorrenza, legalità, trasparenza ed informazione ed evitano così di dare luogo, come nel caso dell'elusione/abuso, a situazioni di squilibrio che alterano tali condizioni<sup>10</sup>.

L'*indebita vantaggio fiscale* può essere definito, alla luce di quanto esplicitato al paragrafo precedente, come l'utilizzo di uno strumento contrattuale, giuridicamente legittimo, per l'ottenimento di un risultato non meritevole di tutela da parte del legislatore in quanto da una parte altera la condizione di concorrenzialità e dall'altra il principio costituzionale di capacità contributiva previsto dall'articolo 53.

Per completezza è opportuno evidenziare che i commi successivi dal numero 4 al numero 11, dell'articolo 10-bis, contengono disposizioni procedurali a tutela del contribuente.

Di particolare significato il comma 12° che statuisce la non punibilità penale per i rilievi derivanti da abuso/elusione e ciò contrariamente al passato in cui alle sanzioni amministrative hanno fatto seguito quelle penali.

#### **1.2.5. ABUSO/ELUSIONE NELLA GIURISPRUDENZA COMUNITARIO-CENNI.**

La giurisprudenza della Corte di Giustizia ha affrontato il problema dell'abuso di diritto con la sentenza *Centros* nella causa C-212/97 del 9 marzo 1999, che riguardava il rifiuto dell'Autorità danese di iscrivere una succursale di una società a responsabilità limitata costituita da due suoi cittadini in Inghilterra, perché aveva un capitale sociale inferiore a quello minimo previsto in Danimarca e risultava non aver svolto nessuna attività in Inghilterra, affermando al punto 24:

*"Certamente risulta alla giurisprudenza della Corte che uno Stato membro ha il diritto di adottare misure volte ad impedire che, grazie alle possibilità offerte dal Trattato, taluni dei suoi cittadini tentino di sottrarsi all'impero delle leggi nazionali, e che gli interessati non possono avvalersi abusivamente o*

---

<sup>10</sup> (M.Miscali-*Diritto e Pratica Tributaria*-n 4/2017 pag. 1385 ss)

*fraudolentemente del diritto comunitario*". Nello stesso senso si vedano anche cause: Knoorsc-115/78 sentenza 7 febbraio 1979; Bouchoucha- 61/89 sentenza 3 ottobre 1990)

Fornendo così due concetti di abuso quello *in senso lato*, che si realizza quando le norme primarie del Trattato sono utilizzate per aggirare una norma di carattere nazionale, e quello *in senso stretto* che si verifica mediante un utilizzo distorto delle norme comunitarie di secondo grado (regolamenti) per ottenere un indebito vantaggio che la norma stessa non consentirebbe.

Esemplificazione di questa seconda fattispecie, utilizzo distorto delle norme comunitarie, è l'operazione descritta nel contenzioso Emsland-Starke causa C-110/99, in cui un contribuente tedesco esportava beni in Svizzera ottenendo dalle autorità doganali tedesche il beneficio per le esportazioni, come previsto dal regolamento comunitario 2730/79, quindi li reimportava in altro Paese comunitario versando i dazi all'importazione che erano di importo notevolmente inferiore a quelli ricevuti al momento dell'esportazione realizzando così, per ammontare pari alla differenza tra quanto ricevuto e quanto pagato, un evidente indebito vantaggio.

Le sentenze Halifax, in materia di fiscalità armonizzata, e Cadbury Schweppes, riguardante i redditi societari, costituiscono, comunque, i casi di riferimento in materia di abuso/elusione in campo tributario.

Nel primo caso la banca Halifax intendeva costruire dei fabbricati strumentali alla propria attività su terreni di sua proprietà o in locazione. In considerazione del fatto che l'attività da essa svolta dava luogo ad operazioni quasi totalmente esenti iva, per cui avrebbe potuto recuperare l'iva pagata ai costruttori solo in misura ridotta, il 5% circa, decideva di costituire delle società immobiliari e, successivamente, in virtù della loro attività caratteristica recuperare l'iva tramite la procedura del rimborso.

La Corte ha dichiarato tale comportamento non condivisibile in quanto esclusivamente finalizzato ad ottenere un indebito vantaggio in quanto non supportato da un autonomo obiettivo (*valide ragioni economiche*) anche in considerazione che la banca non aveva evidenziato finalità diverse da quelle espresse dall'ente accertatore.

Nel secondo caso, riguardante il soggetto a cui devono essere imputati, ai fini della determinazione del reddito imponibile, gli utili realizzati da un Gruppo societario costituito da entità localizzate in Paesi diversi della Comunità i cui livelli impositivi differiscono in modo sostanziale, la Corte ha enunciato il seguente principio:

*"Gli articoli 43 e 48 CE devono essere interpretati nel senso che ostano all'inclusione, nella base imponibile di una società residente in uno Stato membro, degli utili realizzati da una società estera controllata stabilita in un altro Stato allorché tali utili sono ivi soggetti ad un livello impositivo inferiore a quello applicabile nel primo Stato, a meno che tale inclusione non riguardi costruzioni di puro artificio destinate ad eludere l'imposta nazionale normalmente dovuta. L'applicazione di una misura impositiva siffatta deve perciò essere esclusa ove da elementi oggettivi verificabili da parte di terzi risulti che, pur in presenza di motivazioni di natura fiscale, la controllata è realmente impiantata nello Stato di stabilimento e ivi esercita attività economiche effettive."*

Il Consiglio della Comunità, dinanzi ad una situazione in cui i fenomeni elusivi apparivano attuati con strutture sempre più complesse e di difficile interpretazione che comportavano la perdita di ingenti quantità di gettito fiscale, in data 12 luglio 2016 ha emanato la Direttiva 2016/114, in cui al primo punto delle considerazioni è dato leggere:

*"Le attuali priorità politiche nella fiscalità internazionale evidenziano la necessità di assicurare che l'imposta sia versata nel luogo in cui gli utili e il valore sono generati. E' pertanto fondamentale ristabilire la fiducia nell'equità dei sistemi fiscali e consentire ai governi di esercitare effettivamente la loro sovranità fiscale...omissis. La Commissione, nella sua comunicazione del 17 giugno 2015, definisce un piano d'azione per una tassazione delle società equa ed efficace nell'Unione Europea."*

Seguono numerose e stringenti indicazioni che i Paesi aderenti dovranno seguire per raggiungere l'obiettivo dell'equità fiscale e la riduzione dei fenomeni abusi/elusivi.



Nell'articolo 6 infine è dettata una disposizione rubricata *Norma generale antiabuso* che recita:

*“Ai fini del calcolo dell'imposta dovuta sulle società, gli Stati membri ignorano una costruzione o una serie di costruzioni che, essendo stata posta in essere allo scopo principale o a uno degli scopi principali di ottenere un vantaggio fiscale che è in contrasto con l'oggetto o la finalità del diritto fiscale applicabile, non è genuina avendo riguardo a tutti i fatti e le circostanze pertinenti. Una costruzione può comprendere più di una fase o parte.*

*Ai fini del paragrafo 1, una costruzione o una serie di costruzioni è considerata non genuina nella misura in cui non sia stata posta in essere per valide ragioni commerciali che rispecchiano la realtà economica.*

*Quando le costruzioni o una serie di costruzioni sono ignorate a norma del paragrafo 1, l'imposta dovuta è calcolata in conformità del diritto nazionale>>*

La Direttiva è stata recepita con il D.Lgs. 142/2018 con entrata in vigore dal 1° gennaio 2019.

## 2. ANALISI DELLE OPERAZIONI STRAORDINARIE.

### 2.1 COSA SI INTENDE PER OPERAZIONI STRAORDINARIE NEL DUPLICE RUOLO DI RIORGANIZZAZIONE E RISTRUTTURAZIONE. (Bruno Lucarini – Laura Valoriani – Sabrina Duchi – Sara Duchi)

Tra le operazioni che caratterizzano la vita dell'impresa si annoverano quelle che:

1. hanno per oggetto *l'ordinaria attività* svolta per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali;
2. impattano in modo *diretto sull'esistenza* stessa delle imprese e correttamente sono definite *straordinarie* e riguardano:
  - *la costituzione dell'impresa*: fissandone: la forma giuridica, le finalità istituzionali l'assetto proprietario, individuandone i soggetti a cui spettano le prerogative di governo;
  - il *trasferimento/modifica* del complesso aziendale finalizzato alla sua ristrutturazione e riorganizzazione con specificità per le realtà facenti parte di un Gruppo. Tali sono: la  *fusione*, il *conferimento di partecipazioni*, il *conferimento d'azienda*, la *cessione di partecipazioni*, la *cessione di azienda*, l'*affitto di azienda*, la *scissione*;
  - la *trasformazione* della forma giuridica;
  - la *Liquidazione* per gestire la fase di cessazione dell'attività imprenditoriale

e saranno oggetto d'esame, unitamente alla: Patent box indiretta, trasformazione di società partecipate all'estero in stabili organizzazioni all'estero; in quanto potenzialmente le più idonee a originare fenomeni di abuso del diritto/elusione.

### 2.2. FUSIONI ED ABUSO DI DIRITTO. (Silvia Gadani)

#### 2.2.2 AVANZO E DISAVANZO DI FUSIONE: ASPETTI FISCALI E NORMATIVA DI RIFERIMENTO.

Come già espresso in precedenza, nella fusione per incorporazione, una delle due o più imprese coinvolte nell'operazione resta operativa (divenendo la società incorporante), mentre tutte le altre si estinguono. Ai soci di queste ultime vengono assegnate – in sostituzione delle azioni delle incorporate sinora detenute- le nuove azioni dell'incorporante in base ad un rapporto di cambio, tenendo conto del valore del capitale sociale della società fusa, dell'incorporante ed il numero delle azioni da queste detenute.

Per effetto dell'acquisizione delle partecipazioni l'incorporante rileverà nel proprio patrimonio le attività e le passività della controllata/incorporata. La differenza tra il valore del patrimonio netto della incorporata e il valore della partecipazione crea, generalmente, un avanzo o un disavanzo da fusione. Eventuali plusvalenze/minusvalenze non concorrono alla determinazione del reddito imponibile come previsto dall'172, co.1 del T.U.I.R. che recita: 'La fusione tra più società non costituisce realizzo né distribuzione delle plusvalenze e minusvalenze dei beni delle società fuse o incorporate, comprese quelle relative alle rimanenze e il valore di avviamento.'

Di seguito il significato e il trattamento riservato alle differenze di fusione:

- a) l'**avanzo di fusione** (o plusvalenza di fusione), si ha quando il valore della partecipazione nella società incorporata è inferiore al suo patrimonio netto contabile. L'avanzo di fusione sarà iscritto nel patrimonio netto dell'incorporante come riserva da fusione (art. 2504-bis, co.1, ultimo periodo) assimilata, ai fini fiscali, al fondo sovrapprezzo azioni che in caso di distribuzione è sottoposto a tassazione, ai sensi dell'art. 47, co.5 del T.U.I.R. Parimenti, un avanzo di fusione si genera quando il patrimonio della società fusa è sopravvalutato rispetto al suo valore effettivo. Il valore corrispondente così determinato, andrà imputato ove possibile a decremento del valore contabile degli elementi attivi, o altrimenti ad incremento degli elementi del passivo, trasferiti all'incorporante per effetto della fusione. Soluzione alternativa potrebbe essere quella di indicare l'avanzo di fusione tra i fondi per rischi ed oneri futuri dell'incorporante. Se, invece, si optasse per una distribuzione dell'avanzo di fusione, sarà tassabile per le società di capitali, esattamente come previsto per i dividendi quando vengono distribuiti ai soci. Un caso

particolare è quello della fusione per incorporazione di società possedute interamente dall'incorporante: in tale circostanza non si verifica alcun rapporto di cambio, poiché viene annullata totalmente la partecipazione posseduta dall'incorporante. L'eventuale avanzo di fusione generato dall'annullamento di partecipazioni, si può ricondurre ad una sorta di avviamento negativo (*badwill*), avrà natura di fondo svalutazione da non considerare una riserva, neppure ai fini fiscali; pertanto non potrà essere utilizzata per le generiche finalità delle riserve, tanto meno per una eventuale distribuzione ai soci, proprio perché vige il principio di neutralità fiscale;

- b) si realizza un **disavanzo di fusione** se il costo della partecipazione nella incorporata supera il patrimonio netto di quest'ultima. Per eliminare il disavanzo, è possibile imputare tale somma in aumento e/o diminuzione rispettivamente agli elementi dell'attivo e del passivo delle società partecipanti alla fusione. Alternativamente, andrà iscritto nel patrimonio netto dell'incorporante con segno negativo.

Anche dinanzi ad un disavanzo di fusione (per rapporto di concambio delle azioni o per annullamento delle stesse di società fuse), l'art. 172, co. 2 T.U.I.R. afferma che non va contemplato ai fini del calcolo del nuovo reddito della società risultante dalla fusione, poiché si ricorda che questa è un'operazione fiscalmente neutrale ai fini delle imposte sul reddito. Di seguito si riporta la norma di riferimento: 'Nella determinazione del reddito della società risultante dalla fusione o incorporante non si tiene conto dell'avanzo o disavanzo iscritto in bilancio per effetto del rapporto di cambio delle azioni o quote o dell'annullamento delle azioni o quote di alcuna delle società fuse possedute da altre. I maggiori valori iscritti in bilancio per effetto dell'eventuale imputazione del disavanzo derivante dall'annullamento o dal concambio di una partecipazione, con riferimento ad elementi patrimoniali della società incorporata o fusa, non sono imponibili nei confronti dell'incorporante o della società risultante dalla fusione. Tuttavia i beni ricevuti sono valutati fiscalmente in base all'ultimo valore riconosciuto ai fini delle imposte sui redditi, facendo risultare da apposito prospetto di riconciliazione della dichiarazione dei redditi i dati esposti in bilancio ed i valori fiscalmente riconosciuti.'

Con il D. Lgs n. 358 del 1997 il legislatore ha apportato significative modifiche alla disciplina fiscale prevista ai fini delle imposte sui redditi in occasione di operazioni straordinarie - tra cui la fusione tra imprese-. Questa disposizione normativa si presenta come alternativa alla regola generale, infatti può applicarsi solo qualora venga esercitata un'opzione, che va espressamente comunicata nella dichiarazione dei redditi della società risultante dalla fusione. Ciò di cui si discute consiste nella possibilità di assoggettare ad un'imposta sostitutiva (originariamente fissata nella misura del 27%) anche le operazioni di fusione. L'art.6 co.1 del decreto sopra citato recitava come segue: *'I maggiori valori iscritti in bilancio per effetto dell'imputazione dei disavanzi da annullamento o da concambio derivanti da operazioni di fusione o di scissione di società si considerano fiscalmente riconosciuti se assoggettati all'imposta sostitutiva indicata nell'art. 1'*

In seguito, è stata apposta una modifica alla precedente normativa (con la L. n. 342 del 2000), portando l'imposta sostitutiva al 19% e disciplinando nello specifico il caso di disavanzo da annullamento, disponendo che per esso si poteva anche non pagare l'imposta sostitutiva, ma ciò era ammesso solo se la società risultante dalla fusione avesse documentato che i maggiori valori riportati nel suo bilancio derivassero da plusvalenze precedentemente sottoposte a tassazione.

La Legge Finanziaria n. 244 del 24/12/2007 ha apportato nuovamente delle modifiche nel sistema fiscale, mantenendo l'opzione di riconoscere fiscalmente il disavanzo da fusione imputato a poste patrimoniali pagando un'imposta sostitutiva, ma nei limiti della rivalutazione delle sole immobilizzazioni materiali e immateriali. A conferma di ciò, all'art. 172 T.U.I.R. è stato inserito l'art. 10-bis che rinvia al co. 2-ter dell'art. 176 T.U.I.R. in riferimento ai conferimenti d'azienda: mediante l'imposta sostitutiva è possibile riconoscere fiscalmente i maggiori valori iscritti nel bilancio della società incorporante, a seguito di operazioni fusione. L'imposta sostitutiva di cui si discute, va applicata per scaglioni con tre aliquote differenti: il 12% per le somme che rientrano nel limite dei 5 milioni di euro; il 14% sui valori che superano i



5 milioni di euro e fino a 10 milioni di euro; il 16% per le somme che eccedono i 10 milioni di euro. L'imposta deve essere versata in tre rate annuali: il 30% nella prima rata, il 40% nella seconda e la restante parte (il 30%) nella terza ed ultima rata.

Questo procedimento (introdotto con la Finanziaria 2008) ha permesso di annullare il disallineamento sinora esistente fra valori civili e fiscali. In precedenza il disavanzo da fusione civilisticamente veniva imputato alle classi esistenti nell'attivo dell'incorporante, aumentandone il valore contabile, mentre a livello fiscale tale differenza non veniva contemplata e la discrasia tra valori civilistici e fiscali veniva ripresa a tassazione in sede di dichiarazione dei redditi.

### **2.2.3. FUSIONI INVERSE E IMPOSTA SOSTITUTIVA.**

Un caso che necessita di essere esaminato è quello della fusione inversa (disciplinata dagli artt. 2357/2357-quater c.c.), la cui particolarità sta nel fatto che la società controllata incorpora la controllante, ritrovandosi nell'attivo le proprie quote (o azioni) in precedenza possedute dalla controllante. In funzione di queste, l'incorporante dovrà assegnare le nuove azioni/quote ai soci della controllante che è stata incorporata, procedere ad annullare le proprie partecipazioni acquisite da quest'ultima e, per l'eccedenza, ridurre il proprio capitale sociale (per l'eventuale differenza negativa di capitale sociale riscontrata tra le società coinvolte nell'operazione), o aumentarlo in caso contrario.

Può accadere che la società incorporata detenga il 100% della società incorporante, è questa l'ipotesi di fusione rovesciata, la cui fattispecie prevede che le azioni della controllante vadano di fatto a sostituire quelle della controllata che l'ha incorporata – il cosiddetto rapporto di cambio- e affidate pro-quota ai soci di quest'ultima.

Parimenti, si può manifestare anche l'ipotesi in cui l'incorporata detenga una partecipazione di maggioranza non totalitaria nella incorporante. E ancora, l'incorporante possieda una partecipazione di controllo non maggioritario nella incorporata (art. 2359, co.1, c.c.). In tale contesto, si potrà rilevare un avanzo o disavanzo da concambio (dal confronto del capitale sociale dell'incorporante con il patrimonio netto dell'incorporata). Il risultato sarà che nella compagine societaria della società risultante dalla fusione vi sarà la presenza di tutti i soci dell'organismo incorporato.

Come può accadere nella fusione diretta, anche in quella inversa può generarsi un avanzo o disavanzo da concambio. Secondo il principio contabile O.I.C. 4, il relativo disavanzo/avanzo da fusione inversa (rispettivamente, qualora il valore della partecipazione è maggiore –nel primo caso- o inferiore – nel secondo - del patrimonio netto dell'incorporata), deve corrispondere al disavanzo o avanzo derivante dalla fusione diretta, secondo il principio di prevalenza della sostanza sulla forma.

Pertanto, operazioni realizzate con sistemi operativi diversi, ma caratterizzate dalla medesima sostanza economica (come nel caso di fusione diretta/inversa), andrebbero rappresentate in modo analogo. Di ciò si trova conferma nella Risoluzione n. 46/E del 24 febbraio 2009, prima, e poi nella Circolare n. 111/E del 27 aprile 2009 in cui si legge : «... è condivisibile il documento contabile OIC 4 laddove, al par. 4.6.2, precisa che “qualunque siano le modalità di attuazione della fusione (diretta o inversa), per i soci della controllante-incorporata i beni della controllata-incorporante hanno sempre lo stesso costo e l'attribuzione del plusvalore agli elementi dell'attivo della controllata-incorporante e l'iscrizione dell'avviamento rispondono sempre al principio posto dall'art. 2504-bis, quarto comma, del Codice Civile, con il trasferimento del costo della partecipazione sui beni della controllata”...». Questo perché sia l'art. 2501 e s.s. del c.c., che l'art. 172 T.U.I.R. non specificano il tipo di fusione in esame (se sia diretta o inversa), andando a disciplinarle in egual modo. Di conseguenza, anche nel caso di fusione inversa, qualora ci sia un disavanzo di fusione, questo andrà imputato agli elementi dell'attivo e del passivo delle società partecipanti alla fusione e, per la differenza, ad avviamento (art. 2504-bis c.c.). Mentre sul piano fiscale, verrà trattato alla stregua del disavanzo da fusione diretta, non riconoscendolo affatto per il principio di neutralità fiscale

associato all'operazione di fusione in tutte le sue forme; oppure, alternativamente, avrà rilevanza fiscale pagando l'imposta sostitutiva sullo stesso, ai sensi dell'art. 172, co.10-bis del T.U.I.R.

Nell'eventualità in cui il disavanzo o avanzo da fusione inversa non corrisponda a quello che eventualmente sarebbe stato generato da una fusione diretta, in linea di principio si dovrebbe operare come segue:

- Se è maggiore il disavanzo da fusione diretta, nell'operazione inversa si può contare solo il minor disavanzo, oppure riportare per intero quello che si avrebbe con fusione diretta giustificandone il motivo (poiché, secondo il principio di prevalenza della sostanza sulla forma, andrebbe considerato l'entità del disavanzo/avanzo da fusione diretta);
- Se il disavanzo è minore nella fusione diretta rispetto a quello della fusione inversa, si può riportare solo il valore desunto dalla fusione diretta;
- Se è maggiore l'avanzo nella fusione diretta, si può evidenziare nella fusione inversa solo l'avanzo in misura minore, oppure restare fedeli al valore risultante dall'eventuale fusione diretta, giustificandone i motivi;
- Se l'avanzo da fusione diretta risulta inferiore a quello generato dalla fusione inversa, è opportuno limitarsi a riportare il valore più basso, oppure iscrivere il valore più alto risultante dalla fusione inversa – giustificandone i motivi.

E' utile indagare sulle ragioni economiche che spingono le imprese a realizzare un'operazione straordinaria quale la fusione, cosicché si possa imputare correttamente l'eventuale differenza da fusione e non incorrere in casi di operazioni potenzialmente abusive. L'ipotesi più ricorrente per cui si procede ad una fusione inversa è quella in cui la società controllata detiene delle licenze o brevetti il cui trasferimento alla controllante sarebbe troppo oneroso (o di difficile realizzazione); allo stesso modo, è plausibile che ciò avvenga per motivi finanziari, posto che l'incorporata disponga di una forte liquidità.

In merito alla possibilità di riconoscere fiscalmente il disavanzo da fusione inversa, la circolare n. 46/E del 24/02/2009 dell'Agenzia delle Entrate ha affrontato proprio la questione di applicare o meno **un'imposta sostitutiva**. L'ufficio consentirebbe di riallineare i valori fiscali a quelli civili mediante imposizione dell'imposta sostitutiva sui beni provenienti dalla società controllante che viene incorporata, mentre sono esclusi dalla rivalutazione (non usufruiscono, dunque, della tassazione con imposta sostitutiva) i beni che già facevano parte, ancor prima della fusione, del patrimonio aziendale della controllata incorporante. Tale disposizione si fonda sull'art. 2 del decreto ministeriale del 25 luglio 2008 (in attuazione del regime d'imposta sostitutiva di cui all'art. 1, co. 46 e 47 della L. n. 244 del 24 dicembre 2007 – Legge finanziaria 2008-), che riprende a tassazione solamente i beni effettivamente ricevuti, di provenienza del patrimonio dell'incorporata e assegnati all'incorporante per effetto della fusione (indipendentemente se la fusione sia diretta o inversa). Si riporta per intero la norma di riferimento: *'Le disposizioni dell'articolo 1 valgono anche agli effetti dell'applicazione dell'imposta sostitutiva sulle differenze tra il valore d'iscrizione in bilancio dei beni ricevuti in occasione di operazioni di fusione e di scissione e classificati tra le immobilizzazioni materiali e immateriali, incluso l'avviamento, e l'ultimo valore fiscalmente riconosciuto dei beni stessi presso il soggetto incorporato, fuso o scisso.'*

La fusione inversa rappresenta anch'essa una diversa modalità di fusione per incorporazione che non deve modificare il risultato finale in termini di valore del complesso aziendale unificato. Gli effetti economici dell'operazione, anche in base al principio della prevalenza della sostanza sulla forma, devono risultare i medesimi.

L'Agenzia delle Entrate è tornata ad affrontare la problematica, con la risoluzione n. 111/E del 27/04/2009, con l'intento di rivendicare la prevalenza della sostanza sulla forma, asserendo che *'i valori correnti delle attività e passività ed il relativo avviamento della controllata-incorporante (gli stessi che hanno determinato il prezzo di acquisto della partecipazione) possono emergere in bilancio, nei limiti del disavanzo di fusione, qualora ricorrano i medesimi presupposti e negli stessi limiti in cui sarebbero emersi nella speculare fusione diretta'*.

Da ciò deriva che, in occasione di fusioni inverse, è consentito applicare l'imposta sostitutiva alla società incorporante ai sensi dell'art. 172, co. 10-bis del T.U.I.R., per permettere di rivalutare i propri beni per compensare il maggior valore generato dalla fusione (superando definitivamente le disposizioni della circolare n. 46/E). In sintesi, la differenza di fusione che deriverebbe dall'annullamento delle azioni proprie (o da concambio) verrebbe trattata alla stregua del disavanzo da annullamento (o da concambio) che verrebbe generato nell'ipotesi di fusione diretta e si riconoscerebbe a livello fiscale nei limiti dell'ammontare pari a quanto emergerebbe con riguardo alla medesima operazione di fusione diretta.

Stante così le cose, esiste una discrepanza tra quanto previsto dall'art. 172, co. 10-bis del T.U.I.R. (che riconosce fiscalmente i maggiori valori iscritti in bilancio successivamente alla fusione, senza dare precise indicazioni se debba trattarsi di beni ricevuti o già in possesso della incorporante) e il decreto ministeriale di attuazione dell'imposta sostitutiva (che esclude da tale meccanismo i beni già presenti nel patrimonio dell'incorporante, ammettendo a tassazione solo le differenze tra il valore iscritto in bilancio dei beni ricevuti a seguito dell'operazione di fusione). Per comprendere maggiormente la discrasia di cui si parla, si riporta espressamente quanto stabilito dal citato art. 172, co. 10-bis del D.P.R., 22/12/1986 n° 917: *'Il regime dell'imposta sostitutiva di cui al comma 2-ter dell'articolo 176 può essere applicato, con le modalità, le condizioni e i termini ivi stabiliti, anche dalla società incorporante o risultante dalla fusione per ottenere il riconoscimento fiscale dei maggiori valori iscritti in bilancio a seguito di tali operazioni.'*

### **2.2.4. RIPORTO NELLA FUSIONE DI PERDITE FISCALI.**

Aspetto assai rilevante è quello del trattamento fiscale delle perdite delle società che partecipano all'operazione di fusione.

L'art. 172, co.7 del T.U.I.R. ha il principale obiettivo di ostacolare quelle fusioni promosse solo ed esclusivamente per assicurare una compensazione tra i redditi di una delle società partecipanti e le perdite fiscali (o eccedenze di interessi passivi pregresse, che analizzeremo più avanti) e, nelle operazioni retrodatate, in via di maturazione. L'articolo sopra citato sancisce quanto segue: *'Le perdite delle società che partecipano alla fusione, compresa la società incorporante, possono essere portate in diminuzione del reddito della società risultante dalla fusione o incorporante per la parte del loro ammontare che non eccede l'ammontare del rispettivo patrimonio netto quale risulta dall'ultimo bilancio o, se inferiore, dalla situazione patrimoniale di cui all'articolo 2501-quater del codice civile, senza tener conto dei conferimenti e versamenti fatti negli ultimi ventiquattro mesi anteriori alla data cui si riferisce la situazione stessa, e sempre che dal conto economico della società le cui perdite sono riportabili, relativo all'esercizio precedente a quello in cui la fusione è stata deliberata, risulti un ammontare di ricavi e proventi dell'attività caratteristica, e un ammontare delle spese per prestazioni di lavoro subordinato e relativi contributi, di cui all'articolo 2425 del codice civile, superiore al 40 per cento di quello risultante dalla media degli ultimi due esercizi anteriori. Tra i predetti versamenti non si comprendono i contributi erogati a norma di legge dallo Stato a da altri enti pubblici....'* La società, dunque, può riportare nei periodi d'imposta post fusione non solo le perdite maturate prima della fusione dalla stessa, ma anche quelle maturate dalle società che ha incorporato, ma a ciò si arriva solo nel rispetto di determinati vincoli.

Il primo fra questi – quello del patrimonio netto- va calcolato in merito all'ultimo esercizio chiuso prima della data di efficacia giuridica della fusione, ancorché il bilancio non sia stato approvato a tale data. La locuzione 'ultimo bilancio' richiamata dal co.7 dell'art. 172 del T.U.I.R., quindi, deve essere interpretata come il bilancio relativo all'ultimo esercizio chiuso.

Ma non solo.

Il passaggio successivo da effettuare è quello di verificare (mediante appositi test) le condizioni di vitalità delle società partecipanti alla fusione, rappresentate dal limite dei ricavi e dei costi del personale. Pertanto, limitatamente a questo requisito, non potranno essere riportate le perdite fiscali maturate in capo alla società prima dell'operazione di fusione qualora queste, nel conto economico del bilancio relativo all'esercizio

precedente a quello in cui la fusione è deliberata, evidenziano un ammontare dei ricavi e dei proventi caratteristici (voci A1 e A5 del conto economico) e delle spese di lavoro dipendente (voce B9 del medesimo prospetto) inferiore al 40% della media dei rispettivi importi calcolata sui conti economici dei due esercizi precedenti a quello di riferimento.

Va detto che il D.Lgs 139 del 2015 che ha soppresso la voce E) del conto economico, ha così determinato un profondo mutamento nel classificare la sezione ordinaria comprendendo anche i proventi e oneri straordinari, andando ad incidere significativamente sul test di operatività richiesto in occasione della fusione. La Legge di conversione del D.L. 244/2016, in previsione di allineare quanto più possibile la disciplina fiscale con le nuove disposizioni civilistiche introdotte, ha stabilito che ogni qualvolta le norme tributarie richiamano i componenti positivi e negativi dell'area caratteristica del conto economico (come nel caso del test di vitalità in occasione delle fusioni), le stesse vanno considerate al netto dei componenti positivi e negativi di natura straordinaria derivanti da trasferimenti d'azienda o di rami di essa, neutralizzando, così, eventuali plusvalenze e minusvalenze ai fini del test da compiere.

L'Agenzia delle Entrate, nella Risoluzione n. 116 del 24 ottobre 2006, ha analizzato l'aspetto della vitalità delle società coinvolte nella fusione, supponendo che la verifica di cui si parla debba proseguire anche nella frazione di esercizio oggetto di fusione, ossia: *'deve essere interpretata nel senso che i requisiti minimi di vitalità economica debbano sussistere non solo nel periodo precedente alla fusione, così come si ricava dal dato letterale, bensì debbano continuare a permanere fino al momento in cui la fusione viene deliberata.'* Stesso concetto viene ribadito dalla Risoluzione n. 143 del 10 aprile 2008 che conferma la necessità di effettuare il test di operatività anche per il periodo tra l'inizio dell'esercizio e la data di efficacia della fusione, pur in presenza di retrodatazione contabile, evidenziando la necessità, prima di procedere, di ragguagliare ad anno i ricavi/proventi dell'attività caratteristica.

La finalità della pronuncia è quella di privare la disposizione *'della sua portata antielusiva qualora fosse consentito il riporto delle perdite fiscali ad una società che è stata completamente depotenziata nell'arco di tempo intercorrente fra la chiusura dell'esercizio precedente alla delibera di fusione e la data di efficacia giuridica dell'operazione medesima.'*

L'Associazione dei Dottori Commercialisti non ha affatto condiviso tale visione (lo si desume dalla Norma di comportamento n. 176 del 2009) poiché, basandosi letteralmente sulle disposizioni del co.7 dell'art. 172, la vitalità economica delle società partecipanti a una fusione deve essere verificata nel conto economico della società *'le cui perdite sono riportabili relativo all'esercizio precedente a quello in cui la fusione è stata deliberata.'* Una volta superato questo primo test di vitalità (riguardante i due esercizi che precedono l'anno in cui viene deliberata la fusione), non è affatto necessario un successivo confronto che riprenda in esame il periodo che va dalla data di inizio dell'esercizio in cui viene deliberata la fusione fino alla data di effettiva delibera della fusione (ossia dal 01/01 dell'anno in cui si delibera la fusione fino alla data di effettiva delibera dell'operazione straordinaria e quelli del biennio precedente). La norma fa riferimento specifico al *'conto economico (...) relativo all'esercizio precedente a quello in cui la fusione è stata deliberata'*, e non ad un conto economico successivo, riferito alla data di efficacia giuridica della fusione.

Può essere utile fare accenno ad un caso particolare, quello in cui la società incorporata è neo costituita e necessariamente non può superare i test di vitalità previsti dalla norma di legge. In tal senso, la Commissione Regionale di Bolzano, con sent. n. 88/2/15 del 16 luglio 2015, ha affermato che non è possibile, in tale caso, dimostrare l'elusività dell'operazione di fusione e, dunque, non si può impedire la deducibilità delle perdite della società che viene incorporata. L'Agenzia delle Entrate, per contro, con Risoluzione n. 337 del 29 ottobre 2002, intende far escludere la possibilità di utilizzare le perdite all'incorporante, poiché mancano effettivamente i parametri di cui all'art. 172, co. 5 del T.U.I.R. e non si può desumere la vitalità aziendale da altri fattori. Tuttavia, l'Ufficio ha aggiunto che, dato che la fattispecie rappresentata riguarda l'applicazione di norme finalizzate a contrastare comportamenti elusivi, la stessa può costituire oggetto di apposito interpello ex art. 37-bis del DPR 600/73.

L'ultima parte del co. 7 inserisce un meccanismo finalizzato a rendere ancor più penalizzante l'utilizzo delle perdite fiscali ed impedire possibili comportamenti elusivi. Nello specifico, dispone che: *'Se le azioni o quote della società la cui perdita è riportabile erano possedute dalla società incorporante o da altra società partecipante alla fusione, la perdita non è comunque ammessa in diminuzione fino a concorrenza dell'ammontare complessivo della svalutazione di tali azioni o quote effettuata ai fini della determinazione del reddito dalla società partecipante o dall'impresa che le ha ad essa cedute dopo l'esercizio al quale si riferisce la perdita e prima dell'atto di fusione....'*

In altri termini, se la società incorporante o un'altra società coinvolta nella fusione ha applicato una svalutazione fiscale su dette azioni o quote, le perdite fiscali della società, ancorché potenzialmente riportabili, non possono essere utilizzate in compensazione nei periodi post fusione fino a concorrenza della svalutazione a suo tempo dedotta dalla società incorporante (o da altra società partecipante alla fusione). L'intento della norma è quella di evitare una duplicazione di un beneficio fiscale (ante fusione sotto forma di svalutazione deducibile delle partecipazioni di società in perdita, e post fusione, sotto forma di compensazione delle perdite fiscali della ex partecipata) che trae le proprie premesse dal medesimo presupposto.

Già l'art. 37-bis del D.P.R. 600/73 aveva rilasciato delle disposizioni antielusive, ma aveva carattere generale (riferita all'intera operazione di fusione), mentre l'art. 172, co. 7 menziona espressamente le condizioni che devono sussistere per il riconoscimento in capo all'incorporante delle perdite fiscali delle società coinvolte nell'operazione straordinaria. E' opportuno che le due norme non vadano messe in contrapposizione l'una con l'altra, bensì se le società partecipanti conservano tutti gli indici minimi di vitalità previsti dall'art. 172, co.7, l'art. 37 bis. Le perdite non potranno essere disconosciute ex art 37 bis se le società intervenute nella fusione possiedono i requisiti di vitalità ex art 172 comma 7° TUIR.

Sempre in tema di riporto di perdite fiscali a seguito di fusione, è intervenuto anche il D. L. 4 luglio 2006, n. 223 (convertito in Legge 4 agosto 2006, n. 248), introducendo un periodo al co. 7 dell'art. 172 T.U.I.R.: *'In caso di retrodatazione degli effetti fiscali della fusione ai sensi del comma 9, le limitazioni del presente comma si applicano anche al risultato negativo, determinabile applicando le regole ordinarie, che si sarebbe generato in modo autonomo in capo ai soggetti che partecipano alla fusione in relazione al periodo che intercorre tra l'inizio del periodo d'imposta e la data antecedente a quella di efficacia giuridica della fusione....'*

Va premesso che, in genere la fusione produce effetti a decorre dalla data dell'ultima iscrizione dell'atto di fusione nel registro delle imprese (ai fini civilistici). Vi è la possibilità, ai sensi dell'art. 2504, co.2, di postdatare l'effetto della fusione rispetto alla data dell'ultima iscrizione dell'atto di fusione, ma ciò vale solamente per le fusioni per incorporazione, poiché i negozi giuridici successivi all'atto di fusione si rileveranno in capo alla società incorporata. Mentre il terzo comma consente di retrodatare gli effetti fiscali della fusione, imputando contabilmente al bilancio della incorporante le operazioni compiute dalle incorporate già prima di terminare il progetto di fusione, al fine di assicurare la prosecuzione della prima in tutti i rapporti pendenti sulle società che vengono incorporate.

Procedendo in tal senso, è possibile compensare i risultati positivi (o negativi) di periodo della società incorporante con i risultati negativi (o positivi) di periodo dell'incorporata.

In un contesto di retrodatazione degli effetti fiscali e contabili, dunque, si procederà anzitutto ad individuare per la singola società il bilancio di riferimento; sottrarre a ciascuno degli importi desunti dal bilancio l'ammontare dei conferimenti effettuati negli ultimi 24 mesi; confrontare gli importi così determinati con quelli delle perdite e, se queste sono superiori, considerare come importo massimo di perdite da riportare quello dei patrimoni netti rettificati. Infine, andranno sommate le perdite delle varie società partecipanti per determinare l'ammontare riportabile in capo alla società incorporante. Qualora l'importo delle perdite riportabili superasse la capienza del patrimonio netto, le eccedenti perdite conseguite prima della fusione saranno inutilizzabili.



Quest'ultima previsione di legge si presta, in realtà, a possibili abusi, poiché non sembrano applicabili le limitazioni imposte dall'art. 172, co.7 per le perdite pregresse. Per evitare questo, è opportuno, in occasione di un'incorporazione che coinvolge una società non operativa, non considerare affatto la relativa perdita di periodo, ai sensi dell'art. 84 del T.U.I.R. (che disciplina il riporto delle perdite). Qualora, invece, la società coinvolta fosse operativa, si applicheranno alle perdite di periodo le stesse limitazioni imposte alle perdite pregresse di cui all'art. 172, co.7.

Opportuno è evidenziare quanto sancisce l'art. 84 del T.U.I.R., al co.3, che non consente il riporto delle perdite quando congiuntamente:

-è trasferita la maggioranza delle partecipazioni aventi diritto di voto nelle assemblee ordinarie del soggetto che riporta le perdite venga trasferita a terzi anche a titolo temporaneo;

- sia modificata nel periodo d'imposta in corso al momento del trasferimento od acquisizione ovvero nei due successivi l'attività principale esercitata nei periodi d'imposta in cui le perdite sono state realizzate

I criteri di non riportabilità, con riferimento alle fusioni, possono trovare applicabilità anche a posteriori. Esemplificando, qualora all'atto della fusione esistesse una sola delle condizioni e l'altra venisse ad esistenza successivamente le perdite dell'incorporata non potrebbero essere riportate.

Da quanto esposto deriva che le due disposizioni di legge (l'art. 172, co.7 e l'art. 84 T.U.I.R.) si basano su differenti presupposti in corrispondenza della solita ratio. La prima di carattere speciale e la seconda generale per cui in caso di sussistenza di quelle che consentono il riporto ai sensi dell'articolo 84, ma non quelle dell'articolo 172, la recuperabilità delle perdite non è consentita.

Con l'occasione preme ricordare che merito che il D.L. 98/2011 ha modificato l'art. 84 del T.U.I.R. nel senso di ammettere l'utilizzo delle perdite in misura non superiore all'80% del reddito imponibile dei successivi periodi d'imposta senza limitazione di tempo fatta eccezione di quelle realizzate nei primi tre periodi di imposta dalla data di costituzione, utilizzabili senza alcun limite sia quantitativo che temporale (circ. Agenzia delle Entrate, n. 53/E del 2011-).

La circolare n. 28/E del 4 agosto 2006 sottolinea che le limitazioni sulle perdite evidenziate nell'art. 172, co. 7 riguardano non solo l'incorporata ma anche l'incorporante: per quest'ultima, infatti, la perdita andrebbe considerata al netto dei risultati del lasso di tempo che va dalla fusione al termine del periodo d'imposta. Ad esempio, se la fusione avviene il primo di ottobre e l'incorporante prosegue il suo periodo sino alla scadenza naturale del 31/12, realizzando in questo periodo un risultato positivo, si ritiene che la stessa vada a compensare i risultati negativi dei primi nove mesi con quelli positivi degli ultimi tre, fermo restando che alla perdita netta si applicano i nuovi limiti previsti dalla norma per la compensazione con l'imponibile dell'incorporata (il Sole 24 ore, del 17 agosto 2006). Assonime, infatti, sostiene che la verifica della riportabilità delle perdite della società incorporante in base alle limitazioni poste dall'art. 172, co.7 del T.U.I.R. va compiuta solo se la perdita di periodo dell'incorporante non è stata riassorbita alla fine del periodo d'imposta:

- da utili prodotti dall'incorporante dopo la data di efficacia giuridica della fusione;

- da utili realizzati dalla società incorporata successivamente alla data di efficacia giuridica, posto che a seguito di tale data le operazioni, al di là dell'opzione per la retrodatazione contabile, sono a tutti gli effetti compiute dall'incorporante

### **2.2.5. RIPORTO DEGLI INTERESSI PASSIVI.**

Con la Finanziario 2008 è stato posto (a norma dell'art. 96 del T.U.I.R.) un limite alla deducibilità degli interessi passivi delle società di capitali, che si realizza per ciascun periodo d'imposta sino a concorrenza dell'ammontare degli interessi attivi e, per l'eccedenza, nel limite del 30% del Risultato Operativo Lordo della gestione caratteristica. Gli interessi passivi eccedenti il 30% del ROL sono considerati indeducibili, ma possono essere dedotti dal reddito dei successivi periodi d'imposta se e *'nei limiti in cui in tali periodi l'importo degli interessi passivi e degli oneri assimilati di competenza eccedenti gli interessi attivi e i*

*proventi assimilati sia inferiore al 30% del risultato operativo lordo di competenza'* (art.96 del T.U.I.R.). Il riporto dell'eccedenza di interessi passivi nei periodi d'imposta seguenti non è sottoposto ad alcun limite temporale, come chiarito anche dall'Amministrazione finanziaria nella circolare n. 19/E del 2009.

Fermo restando che il riporto degli interessi passivi (e di perdite fiscali pregresse) è consentito anche laddove la società che ha generato tali posizioni soggettive partecipi ad un'operazione di fusione, tale diritto trova un limite posto in merito a disposizioni antielusive volte a contrastare il commercio delle bare fiscali, quelle cioè prive di alcuna capacità produttiva, la cui unica dote è rappresentata proprio dalle perdite fiscali e/o dalle eccedenze di interessi passivi, che la società risultante dalla fusione, a seguito dell'integrazione, può utilizzare al fine di abbattere i propri redditi imponibili futuri.

Per dissociarsi dal novero delle bare fiscali, tali società oltre che dare prova di disporre, comunque, di una capacità di realizzare un buon ammontare di ricavi risultanti dalla propria gestione caratteristica e di sostenere concretamente dei costi per il personale che impiega nella stessa (oltre che avere un patrimonio comporto in prevalenza da beni effettivamente destinati a svolgere un'attività economica), queste potrebbero porre l'attenzione sul fatto che, nel momento in cui si è compiuta l'operazione, i titoli della stessa erano negoziati su mercati regolamentati -tale aspetto può rappresentare un elemento di 'garanzia' che potrebbe escludere intenti elusivi.

Questa disposizione in origine valeva solo per il riporto di perdite fiscali, successivamente è stata estesa anche agli interessi passivi, per opera della Legge finanziario 2008. In occasione di una fusione per incorporazione, le eccedenze indeducibili relative alla società incorporata possono essere recuperate dall'incorporante, purché sussistono i presupposti relativi al riporto delle perdite (ossia la 'vitalità' delle aziende e i limiti al patrimonio netto), mentre non si applica agli interessi l'ulteriore vincolo delle svalutazioni di partecipazioni richiesto invece per l'utilizzo di perdite pregresse (come conferma anche l'Agenzia delle Entrate nella circolare n. 12/E del 2008). L'art. 172, co.7, infatti, prevede quanto segue: *'Le disposizioni del presente comma si applicano anche agli interessi indeducibili oggetto di riporto in avanti di cui al comma 4 dell'articolo 96 del presente testo unico, nonché all'eccedenza relativa all'aiuto alla crescita economica di cui all'articolo 1, comma 4, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214. Al fine di disapplicare le disposizioni del presente comma il contribuente interpella l'amministrazione ai sensi dell'articolo 11, comma 2, della legge 27 luglio 2000, n. 212, recante lo Statuto dei diritti del contribuente.'*

Si riporta in esame la circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 19/E del 21 aprile 2009, che sostiene che il limite del patrimonio netto va cumulato fra perdite e interessi passivi pregressi, poiché *'l'eventuale eccedenza di interessi passivi indeducibili altro non farebbe che confluire nella perdita, diventandone parte ed incrementando l'ammontare della stessa'*. Da ciò si deduce che, laddove gli interessi passivi e perdite superassero il patrimonio netto, la società incorporante potrà decidere in piena libertà quale eccedenza delle due poste non riportare in compensazione. Tale disposizione, però, non ha trovato unanimità di consensi in dottrina. Alcuni ritengono che il limite del patrimonio netto dovrebbe applicarsi alla singola grandezza e non in considerazione delle due poste cumulate.

#### **2.2.6. POSSIBILE SCELTA TRA FUSIONE E LIQUIDAZIONE.**

L'art. 10-bis della Legge n. 212/2000 consente al contribuente di scegliere tra i vari regimi giuridici previsti dall'ordinamento, quello che legittimamente gli consente di ottenere un risparmio d'imposta -*'quando, tra vari comportamenti posti dal sistema fiscale su un piano di pari dignità, il contribuente sceglie quello fiscalmente meno oneroso. Non c'è aggiramento fintanto che il contribuente si limita a scegliere tra due alternative che in modo strutturale e fisiologico l'ordinamento gli mette a disposizione'* – circ. n. 320/E del 1997 (per la giurisprudenza, fa fede tale principio, ponendolo come limite all'utilizzo del divieto di abuso del diritto).

Ciò premesso, un caso posto all'esame di molti lettori è stato quello di riscontrare o meno una condotta abusiva di alcuni operatori economici che hanno optato per una fusione societaria - procedendo all'estinzione della società fusa- piuttosto che orientarsi sulla relativa liquidazione.

Le due operazioni sopra menzionate portano a conseguenze fiscali differenti, poiché la prima è in regime di neutralità fiscale (poiché non si estingue alcunché, bensì si ha una prosecuzione dell'attività di impresa con una differente organizzazione); la seconda, invece, è un'operazione imponibile, perché si cessa l'attività, si estingue la società e si realizzano dei cespiti. Nonostante questo, però, non vi è nell'ordinamento tributario alcuna norma che mostri preferenza per una delle due fattispecie in discussione. Non può trattarsi necessariamente di un indebito vantaggio fiscale, quello ottenuto da una fusione per incorporazione, solo perché se si fosse optato per la liquidazione della controllata, le eventuali riserve di utili sarebbero state sottoposte a tassazione.

In merito a ciò, l'Agenzia delle Entrate si è espressa in riferimento ai pareri del Comitato antielusione (n. 22/2004 e n. 27/2005), ritenendo che la fusione che va ad eliminare la società che viene assorbita dall'incorporante, non sarebbe supportata da valide ragioni economiche qualora le medesime finalità si sarebbero potute perseguire in modo più semplice con la liquidazione della stessa, in tempi più rapidi e con minori costi. Di conseguenza, l'Ufficio ha supposto che fossero comportamenti elusivi quelli di compagini societarie che hanno avviato procedure di fusione anziché di liquidazione, recuperando le imposte che si sarebbero generate con quest'ultima operazione di natura realizzativa, posto che sussistessero congiuntamente i presupposti che denotano una condotta abusiva – la realizzazione di un vantaggio fiscale indebito per benefici ottenuti in contrasto con gli obiettivi delle norme fiscali; l'assenza di una sostanza economica dell'operazione in esame, non in grado di generare effetti rilevanti differenti dai vantaggi fiscali; il conseguimento del solo vantaggio fiscale-.

Si riporta, ai fini di una più accurata analisi del problema, il parere n. 27 del 16 novembre 2005 sopra menzionato, in cui il Comitato Consultivo si è espresso in occasione di una possibile eliminazione di una sub-holding mediante una fusione, dando esito sfavorevole alla sua effettiva attuazione, poiché l'intento della capogruppo era quello di semplificare la catena di controllo, e sarebbe stato più agevole liquidare direttamente la holding, dato che per l'alternativa ipotizzata non vi erano alcune valide ragioni economiche per gli obiettivi prospettati. Sarebbero stati realizzati, invece, degli indebiti risparmi d'imposta, non tassando la plusvalenza sulla partecipazione detenuta dalla holding come pure la non ripresa a tassazione delle riserve di quest'ultima in sospensione d'imposta, assolutamente non conseguibili mediante la procedura di liquidazione.

In tema di fusioni potenzialmente elusive, la Corte di Giustizia (sent. n. C-28/95 del 17 luglio 1997) ha confermato che affinché la fusione non venga classificata come elusiva, occorre provare che l'operazione sia essenziale per avviare un'opera di ristrutturazione aziendale, seppur per un limitato periodo di tempo, ma che comunque rientri tra le valide ragioni economiche perseguibili. Resta in capo all'Agenzia delle Entrate l'onere di provare l'eventuale elusione fiscale dell'operazione straordinaria mentre il giudice di merito deve attenersi a valutare se le motivazioni esposte dal contribuente per tale operazione trovano corrispondenza nella realtà economica e non comportino un indebito vantaggio economico.

Invero, se l'operazione di fusione ha il reale intento di aumentare le sinergie produttive e finanziarie tra le imprese che vi partecipano (determinando necessariamente una crescita dimensionale delle medesime), non si potrà fare a meno di considerare queste ragioni economiche più che valide, anche se tale operazione potrebbe essere idonea a generare un risparmio d'imposta dovuto alla compensazione di perdite pregresse dell'incorporante con gli utili delle società incorporate.

La Cass. a Sez. Unite (Sent. n. 30055/2008 e n. 30057/2008) è intervenuta anch'essa nell'esprimere il suo orientamento a riguardo: se la scelta che deve fare il contribuente, fra più forme giuridiche di pari dignità, viene orientata verso quella che gli permette di minimizzare il carico fiscale, costituisce questo un diritto costituzionale di qualunque operatore economico – lo confermano anche la Sent. n. 1372/2011, e la n.



439/2015 -. Sarebbe scorretto imporre al contribuente la soluzione fiscalmente più onerosa per evitare di cadere nel novero delle operazioni potenzialmente abusive, solo perché determinano un risparmio d'imposta.

### **2.2.7. OPERAZIONI DI ACQUISIZIONE CON INDEBITAMENTO: PUÒ GENERARE UN ABUSO DEL DIRITTO?**

Il cosiddetto *'leverage buy out'* (LBO) consiste nell'acquisto di partecipazioni attraverso il ricorso all'indebitamento: il debito generato dalla società acquirente (la cosiddetta *'società veicolo'*), a seguito dell'operazione di acquisto della partecipazione societaria, viene sanato sfruttando i cespiti patrimoniali della medesima società oggetto dell'acquisizione (detta società *'bersaglio'*).

L'agenzia delle entrate, nella Circ. n. 6/E del 30/03/2016, ha affermato che gli interessi passivi generati dai prestiti contratti dalla società veicolo, sono da considerarsi deducibili, poiché inerenti e funzionali all'acquisto della società obiettivo (eccezione fatta per i casi in cui l'operazione risulta assai artificiosa, ad esempio, qualora l'operazione di LBO sia stata compiuta dalle medesime persone che di fatto controllano la società oggetto dell'acquisizione).

Ai fini della deducibilità occorre, comunque, rispettare i limiti previsti dall'art. 96 del T.U.I.R. e, se rientrano nella casistica, prendere in esame anche la disciplina del transfer pricing. E' consentito ammettere in deduzione gli interessi passivi da acquisizione per indebitamento indipendentemente se l'operazione sia stata realizzata da soci residenti in Italia, o se, invece, tra questi vi siano soci o finanziatori che risiedono all'estero (secondo quanto dichiarato nella circolare sopra indicata). Con riguardo a quest'ultima casistica, però, andrà verificato se sussiste un'effettiva consistenza economica per i soggetti residenti all'estero per compiere tale operazione, o se invece tutto è finalizzato solo ad evitare una fiscalità più gravosa. Inoltre, andrà verificato al momento della loro fuoriuscita dall'investimento, e, dunque, quando saranno distribuiti dividendi o plusvalenze, che la corresponsione dei componenti positivi avvenga in modo legittimo e che si basi di una corretta sostanza economica, che non sia piuttosto una movimentazione artificiosa che nasconda altre finalità.

Può accadere che al LBO segua una vera e propria fusione tra la società veicolo e la società obiettivo acquistata, in modo da garantire ai creditori un rientro dell'esposizione debitoria mediante i flussi di cassa operativi che si generano (la cosiddetta operazione di *'Merger leverage buy out'* – MLBO -). In ordine, la società veicolo si indebita per acquisire la società obiettivo, di seguito procede ad una fusione con la stessa, trasferendone gli oneri. Così facendo, il patrimonio della società obiettivo costituisce la garanzia per i terzi dell'indebitamento. Ai sensi dell'art. 2501-bis C.C., nella prospettiva di voler tutelare i soci minoritari nella fusione, sono imposti a carico degli amministratori degli obblighi informativi, per comunicare in tempi ragionevoli le motivazioni che spingono a tale operazione e, soprattutto, definire i risultati che intendono raggiungere, tenendo conto del debito che si assume la società veicolo per acquisire la società obiettivo.

Premesso l'intento di voler perseguita una finalità non meramente di natura fiscale, il Codice Civile non la rinnega come necessità da soddisfare, specie quando sono gli stessi finanziatori terzi a chiedere di procedere in tal senso. Qualora venga sollevata una contestazione dall'amministrazione finanziaria in merito ad un possibile indebito vantaggio fiscale generato dalla deducibilità degli oneri finanziari – secondo quanto previsto in precedenza dall'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/73-, la Circolare n. 6/E del 2016 suggerisce di rivederle ed eventualmente reprimerle, poiché alla base non sussiste affatto un abuso del diritto laddove sussistono necessità extrafiscali, salvo che si verifichino altre ambiguità nel corso dell'operazione in esame. Essa, infatti, dichiara che la deducibilità degli interessi passivi che derivano dal finanziamento contratto dalla società neo costituita, è fondata sulle garanzie che il C.C. richiede per le operazioni in esame.

Per le medesime considerazioni, non andranno applicati i limiti antielusivi previsti dall'art. 172, co.7 del T.U.I.R. per il riporto delle perdite generate da un'operazione di MLBO, successive, quindi, all'operazione di fusione.

Si riporta in esame il caso giudicato dalla CTR di Milano, con Sent. n.4539 depositata il 24/06/2014, in merito ad una riorganizzazione aziendale compiuta con un'operazione di leverage buy out, ritenuta legittima dai giudici ai fini fiscali, rigettando così la contestazione sollevata dall'agenzia delle entrate, che aveva classificato come indeducibili gli interessi generati.

Ma andiamo per ordine. La società sotto accusa aveva ricevuto un finanziamento bancario per acquisire la partecipazione di una società consociata, detenuta dalla capogruppo, a seguito della quale è stata fatta una fusione per incorporazione (LBO), al fine di tenere separate l'attività di produzione con quella di distribuzione. L'amministrazione finanziaria, a contrario, ha supposto come finalità unica quella di generare una plusvalenza a favore della capogruppo e di finanziarla trasferendole denaro, disconoscendo le ragioni economiche dichiarate dalla società sotto accusa, ritenendo, invece, che l'acquisizione della partecipazione avrebbe portato un beneficio solo alla capogruppo, e che, quindi, andava disconosciuta la deducibilità degli interessi passivi generati dal finanziamento ricevuto.

I giudici di merito hanno basato la propria analisi richiamando la sentenza n° 1372/2011 della Cassazione, secondo cui sono da considerarsi legittime le operazioni di riorganizzazione aziendali qualora *'sussista la compresenza, non marginale, di ragioni extrafiscali, che non si identificano necessariamente con la redditività immediata dell'operazione, ma possono anche essere di natura organizzativa e consistere in un miglioramento strutturale e funzionale dell'impresa'*. Proprio perché la società è riuscita a provare le ragioni economiche che l'hanno spinta alla riorganizzazione aziendale, l'appello è stato accolto, ammettendo in deduzione gli interessi passivi generati dal finanziamento.

Il caso sopra riportato denota come la giurisprudenza si aspetti che l'agenzia delle entrate, qualora volesse contestare un'operazione di tipo LBO, provi l'inesattezza nell'allocazione dei costi tra le società coinvolte, piuttosto che l'inesistenza di valide ragioni extrafiscali (supponendo, comunque, che il contribuente sia in grado di provare la sussistenza di esigenze gestionali che abbiano spinto l'impresa a compiere l'operazione contestata, piuttosto che perseguire un mero vantaggio fiscale).

In aggiunta, si riporta la Sent. n. 16675 del 09/08/2016 della Cassazione, Sez. V, in merito all'accertamento su un presunto abuso del diritto di un'operazione di LBO, nella quale ha confermato la necessità che sia l'ufficio a presentare la prova *'sia del disegno elusivo sia delle modalità di manipolazione e di alterazione degli schemi negoziali classici, considerati come irragionevoli in una normale logica di mercato e perseguiti solo per pervenire a quel risultato fiscale [...] mentre grava sul contribuente l'onere di allegare l'esistenza di ragioni economiche alternative o concorrenti che giustifichino operazioni in quel modo strutturate. Inoltre non è configurabile l'abuso del diritto se non sia stato provato dall'ufficio il vantaggio fiscale che sarebbe derivato al contribuente accertato dalla manipolazione degli schemi contrattuali classici'*.

Il caso riportato riguardava un'operazione di leverage buy out in cui l'acquirente aveva acquistato l'intero capitale sociale di una società ad un prezzo identico per ciascuna azione acquistata, senza tenere conto delle azioni che fossero di minoranza e quelle di maggioranza, sulla base di un accordo interno di aggiustamento del prezzo stipulato dai soci cedenti, ritenuto dall'agenzia delle entrate come una *'forma di corrispettivo dissimulato'*. Invero, la Corte ha disatteso le aspettative dell'ufficio sulla base del fatto che non ha rilevato alcun indebito vantaggio fiscale, poiché *'l'operazione economica alternativa a quella concretamente accertata (...) avrebbe sì realizzato una plusvalenza più elevata, ma questa sarebbe comunque stata esente ai fini Ires ex art. 87 del t.u.i.r.'* Inoltre, ha ritenuto valida la ragione economica esposta dal contribuente sotto accusa, di voler riallineare tra i soci venditori i prezzi di cessione delle loro partecipazioni, rinunciando all'eventuale premio di maggioranza (che altrimenti sarebbe stato percepito ingiustamente dai soci minoritari).

Si pone in esame un'ulteriore controversia, oggetto di valutazione della Suprema Corte di Cassazione, riguardante la deducibilità degli interessi passivi in un'operazione di MLBO. L'operazione è stata compiuta da un fondo di investimento estero, che ha acquisito una società italiana (obiettivo) costituendo una società veicolo nel territorio dello Stato (Newco). Quest'ultima è stata capitalizzata in parte con capitale proprio e in

parte con finanziamento bancario, dando in pegno le azioni della società obiettivo. Acquisite le azioni di quest'ultima, si è proceduto alla fusione. L'operazione lecita, ai sensi dell'art. 2501-bis del c.c., è stata contestata dall'Agenzia delle Entrate che ha dichiarato:

- non deducibili gli interessi passivi sul finanziamento per difetto del requisito dell'inerenza;
- non sussistenti valide ragioni economiche in quanto attuata al solo scopo di traslare sulla società obiettivo i costi degli interessi passivi riducendone la base imponibile;
- attuata in dispregio della normativa sul transfer pricing in quanto è stato ritenuto che la Newco operasse per conto della società controllante estera come soggetto prestatore di servizi.

La Sentenza n. 24434 del 2013 risponde punto per punto sulla contestazione sollevata dall'ufficio, ribadendo, anzitutto, che l'abuso del diritto non è strettamente connesso alla violazione di norme di diritto tributario, e quindi dal qualificare come illecita la condotta del contribuente. Ciò significa che se vengono considerati non inerenti i costi posti in esame nel contempo non si può considerare abusiva l'operazione sottostante. I giudici di legittimità, di conseguenza, hanno rimandato la causa ad un'altra commissione tributaria regionale competente, per verificare l'inerenza o meno dei costi per gli interessi passivi da finanziamento sostenuti dalla Newco all'attività effettivamente svolta dalla medesima. Nel merito, la Cassazione aveva già espresso il suo orientamento, ammettendo la deducibilità degli interessi passivi legati all'acquisto di partecipazioni, poiché nell'art. 96 del T.U.I.R. non prevede, in merito, nessun impedimento.

La Circolare n. 6/E dell'agenzia delle entrate, nel definire il proprio orientamento in presenza di operazioni di LBO e/o MLBO, ha fatto esplicito riferimento anche alla casistica in cui si ha un'operazione di acquisizione con indebitamento ed una successiva fusione inversa (analizzando nello specifico il trattamento degli oneri finanziari sostenuti dalla controllante incorporata trasferiti alla controllata incorporante). A conferma di quanto esposto in precedenza, non sussiste una condotta abusiva se l'operazione in esame è stata compiuta per finalità extrafiscali, anche di natura organizzativa, per migliorare a livello funzionale e strutturale l'azienda, seppur abbia conseguito anche un'immediata remunerazione economica.

Di conseguenza, gli oneri finanziari generati dall'incorporazione della controllante nella controllata, per la parte in deducibile verranno riportati in avanti, mentre per la parte deducibile, saranno considerati negli esercizi successivi nel limite del 30% del ROL (ai sensi dell'art. 96, co. 4 e 2 del T.U.I.R.). valgono sempre i limiti antielusivi al riporto degli interessi passivi in deducibili e delle perdite di cui all'art. 172, co.7 del T.U.I.R., secondo cui possono essere poste in diminuzione del reddito societario risultante dalla fusione (inversa, in questo caso), per la parte del loro ammontare che non eccede quello del rispettivo patrimonio netto che risulta dall'ultimo bilancio, senza considerare i conferimenti e versamenti fatti negli ultimi ventiquattro mesi anteriori alla data cui si riferisce la situazione medesima. Altro aspetto, fondamentale ai fini del riporto, è che dal conto economico della società relativo all'esercizio che precede quello in cui la fusione è stata deliberata, deve risultare un ammontare di ricavi e proventi della gestione caratteristiche, e un ammontare delle spese per prestazioni lavorative subordinate e relativi contributi superiore al 40% di quello risultante dalla media degli ultimi due esercizi precedenti.

#### **2.2.8. LE POSSIBILI 'FACCE' DELL'ABUSO DEL DIRITTO.**

Con l'intento di individuare le operazioni che potenzialmente nascondono un intento abusivo, occorre prendere in esame quelle che di fatto contrastano la ratio delle disposizioni previste dal legislatore che impongono delle limitazioni al riporto di perdite pregresse, anche se tali operazioni non vanno direttamente a violarle.

Per operazioni straordinarie come le fusioni e scissioni, la legge non consente il riporto a pieno delle perdite pregresse, per il solo fatto di impedire che queste ultime (generate dalle cosiddette 'bare fiscali', società da tempo inattive) andassero a compensare gli utili realizzati da altre imprese pienamente operative.

Un possibile aggiramento delle norme tributarie potrebbe consistere nell'acquisto indiretto della partecipazione nella società inattiva per favorire la sua ripresa grazie ad utili introdotti nel suo patrimonio.

Poiché il divieto inserito nell'art. 84, comma 3 del T.U.I.R riguarda esplicitamente l'utilizzo di perdite pregresse di società-bare fiscali da parte di altre società mediante l'acquisto diretto, da parte di queste ultime, delle partecipazioni delle società che hanno maturato tali perdite, secondo Assonime andrebbe esteso tale divieto anche nell'eventualità in cui l'acquisto fosse indiretto, e dunque andrebbe qualificato come indebito il possibile vantaggio fiscale generato dalle società coinvolte nel caso in esame.

Un secondo caso posto all'analisi dell'Associazione è quello in cui si ipotizza lo sfruttamento di perdite pregresse di società-bare fiscali coinvolte in un consolidato fiscale, nel quale si potrebbe riconoscere un intento abusivo quello di voler acquisire un consolidato in cui le società redditizie hanno assorbito le perdite accumulate dalle società priva di vitalità. Anche qui, il legislatore di fatto richiede che chi ha generato le perdite sia il medesimo soggetto che poi va a riportarle a nuovo, qui invece si sta esaminando il caso in cui una società ha prodotto le perdite che poi le ha traslate ad altre per effetto di un consolidato fiscale.

Secondo Assonime, esistono due distinte fattispecie: la prima che qualifica come abusiva qualunque operazione che permette a chi acquisisce una società consolidatante, bara fiscale, in quanto priva di vitalità, per usufruire delle perdite delle società consolidate e ciò perché la società acquistata non è il soggetto che le ha generate; mentre la seconda tende a seguire non tanto i divieti all'utilizzo delle perdite fiscali generate da bare fiscali, bensì pone l'attenzione sulla normativa che disciplina in quali contesti il consolidato possa essere regolarmente attuato e quando, invece, sia necessario vietato. Nello specifico non viene affatto contemplata l'ipotesi di disconoscimento del consolidato per il solo fatto che in esso vi partecipino società con redditi imponibili ed altre in perdita fiscale.

### 2.3. L'ABUSO DEL DIRITTO NELLE OPERAZIONI DI SCISSIONE. (Filippo Venturini)

#### 2.3.1. ASPETTI NORMATIVI DELLA SCISSIONE.

La scissione è una delle principali operazioni *societarie* di natura *straordinaria*, ossia utilizzate a fini riorganizzativi attraverso interventi strutturali.

Il termine "*scissione*" è di derivazione francese (da *scission*: divisione, scorporazione), in quanto proprio la Francia fu il primo paese europeo ad introdurre nel proprio ordinamento una disciplina organica in tal senso.

Con la VI Direttiva CEE n. 891/82 si cercò di ampliare questo archetipo di operazione straordinaria a tutte (e sole) le *società per azioni* europee basandosi sulle previsioni normative dell'articolo 54, paragrafo 3, lettera g) del Trattato che riconoscevano due tipologie di scissioni: *per incorporazione* o *per costituzione di nuova società*; quest'ultima soggetta al controllo dell'Autorità Giudiziaria.

D'altra parte, nel nostro Paese, fino a poco tempo fa, gli era preferita di gran lunga l'operazione definita *scorporo* o *conferimento d'azienda* (peraltro istituto tuttora utilizzabile), in virtù principalmente dei *benefici fiscali* ad esso connessi a cavallo tra gli *anni Settanta e Ottanta*.

È con il *d.lgs. n.22 del 16/01/1991* che l'istituto entra a pieno titolo nel nostro ordinamento<sup>11</sup>; peraltro, non offrendo il legislatore alcuna definizione di ciò che fosse da intendersi per essa, ma limitandosi sostanzialmente a confermare le forme previste dalla *VI Direttiva* e ampliando invece il novero di società ammesse all'operazione, ossia *tutti i tipi di società*<sup>12</sup> aziendali lucrative e cooperative.

L'*art.2506 C.C.* la definisce ora, *post* riforma del diritto societario del 2003, come operazione con la quale "*una società assegna l'intero suo patrimonio a più società, preesistenti o di nuova costituzione, o parte del suo patrimonio, in tal caso anche ad una sola società, e le relative azioni o quote ai suoi soci*".

Chiameremo d'ora in avanti *scissa* la società 'scorporante' e *beneficiaria/e* la/e società che ricevono il patrimonio 'scorporato'.

Ciò che l'articolo di legge dice, innanzitutto, è che la scissione è attuabile in *due modalità*:

- *Integralmente*, con successione della vita aziendale della scissa nel patrimonio delle beneficiarie,

---

<sup>11</sup> Artt. dal 2504-septies al 2504-decies C.C.; che, dopo la riforma del diritto societario (d.lgs. n. 6 del 17/01/2003), verranno traslati negli artt. dal 2506 al 2506-quater del Codice.

<sup>12</sup> Escludendo, parimenti, tutte le altre forme di organizzazione aziendale (es.: *imprese individuali*).

anche preesistenti

- *Parzialmente*, con ‘cessione’ di parte del patrimonio della scissa anche a una sola società beneficiaria.

Altra precisazione che si desume dal primo comma dell’articolo in questione è che, *differentemente dalla cessione* e come per la fusione, il corrispettivo dell’operazione è in azioni o quote della beneficiaria, salvo relativamente piccolo conguaglio in denaro (*comma 2*)<sup>13</sup>.

Il *terzo comma* dell’*art.2506 C.C.* consente, nel caso di scissione parziale e parere unanime dei soci, espresso nell’assemblea che delibera l’operazione, di assegnare ad alcuni di loro azioni o quote *della scissa* anziché della beneficiaria. Si tratta della scissione *asimmetrica*.

Il *quarto comma* consente alla scissa, nel caso di scissione parziale, di continuare la propria attività ovvero procedere alla propria liquidazione specie in quella totale.

Infine il *quinto comma* impedisce alle società in liquidazione di partecipare alla scissione qualora abbiano iniziato la distribuzione dell’attivo.

Tratto distintivo di un’altra delle principali operazioni aziendali, *lo scorporo*, è che nella scissione si assiste una ‘retribuzione’ a mezzo partecipazioni direttamente ai soci anziché in capo alla/e società beneficiaria/e.

Da sottolineare una differenza in particolare con la parallela operazione di *fusione*. Seppur sottile la discrasia, in caso di scissione totale verso *più* beneficiarie si può ancora parlare di scissione; in caso di *unica* beneficiaria allora si parla di fusione per incorporazione.

La dottrina<sup>14</sup> ha poi riconosciuto la possibilità di un’ulteriore *modalità* di scissione, la *doppia*, qualora si scindano due (o più società) contemporaneamente, potendo parlare di medesima operazione di scissione.

Per quanto riguarda i *modus operandi* la scissa può scindersi in società *preesistenti* e allora si parla di scissione *per incorporazione* oppure in società *di nuova costituzione* e allora avremo una scissione *per costituzione*.

Per quanto riguarda la *modalità di ripartizione delle azioni o quote* si può avere, come avremo già capito, scissione *proporzionale* (ai rapporti in essere nella scissa) o *non proporzionale*. Il primo tipo lascia inalterati i rapporti di potere e di rappresentanza nelle società beneficiarie rispetto alla situazione *ante scissione*; il secondo li varia<sup>15</sup>.

La scissione, come nel caso della *trasformazione*, potrà essere *omogenea* quando il soggetto (beneficiario) avente causa sarà della stessa natura giuridica del dante causa (scissa) ovvero *eterogenea* nel caso opposto.

Per quanto attiene agli altri riferimenti normativi, essi fanno menzione in particolare delle *operazioni sorelle* della fusione e del conferimento (o scorporo); in tal senso è possibile ricavare informazioni sull’operazione di scissione principalmente ‘di rimando’ ad esse.

Dal Codice Civile altri importanti spunti rinvenibili e riferibili alla disciplina della scissione sono:

- responsabilità solidale limitata all’attivo netto attribuito in ciascuna beneficiaria “*in caso di elementi del passivo (della scissa) la cui destinazione non è desumibile dal progetto (di scissione)*”<sup>16</sup>
- possibilità, in una scissione non proporzionale, per gli azionisti che non approvino la scissione di far acquistare le proprie azioni “*al valore corrente concordemente determinato, ovvero a quello che, in mancanza di accordo, sarà determinato dal giudice, indicando coloro cui carico è posto l’obbligo di acquisto*”<sup>17</sup>
- possibilità di applicazione anche a società sottoposte a *procedure concorsuali*<sup>18</sup>.

La riforma del 2003, in buona sostanza, ha inciso sull’istituto della scissione principalmente sotto il profilo

---

<sup>13</sup> Art.2506 C.C. comma 2: “*è consentito un conguaglio in danaro, purché non superiore al 10% del valore nominale delle azioni o quote attribuite*”.

<sup>14</sup> Massima n.114 del Consiglio Notarile di Milano nel 2009.

<sup>15</sup> La scissione asimmetrica è quindi una particolare forma di scissione non proporzionale.

<sup>16</sup> Art. 2506-bis comma 3.

<sup>17</sup> Art. 2506-bis comma 4.

<sup>18</sup> Innanzitutto perché non più prevista questa esclusione *post* riforma (del diritto societario del 2003) e poi perché è stata creata una forma di concordato *ad hoc*, il concordato preventivo *ex art.160 L.F.*.



della disciplina *procedimentale* prevedendo solo alcune semplificazioni e precisazioni, lasciandone sostanzialmente immutato l'ambito di applicazione<sup>19</sup>.

Per quanto riguarda i *rapporti infra-gruppo*, nonostante non prevista esplicitamente da alcuna norma, appare possibile sia la scissione *parziale* (se fosse totale, come detto, si parlerebbe di fusione per incorporazione) a favore della beneficiaria che possiede tutte le azioni o quote della scissa<sup>20</sup>, che la cosiddetta scissione *inversa*, ossia l'operazione in cui l'entità scissa è (*ex ante* o *ex post*) controllante della beneficiaria<sup>21</sup>.

È poi prevista *in via giurisprudenziale* la cosiddetta scissione *negativa*, ossia l'assegnazione ad una o più beneficiarie di in un insieme di elementi patrimoniali attivi il cui valore contabile sia inferiore a quello dell'insieme degli elementi passivi, *sempreché il valore economico di quanto complessivamente assegnato sia positivo*<sup>22</sup> (ossia la stima nel momento dell'operazione straordinaria differisca dai valori contabili) e che *la scissa crei una riserva contabile in contropartita* al valore (economico) positivo che conferisce alla beneficiaria, quale garanzia della stima stessa per gli eventuali creditori sociali<sup>23</sup>.

A detta di giurisprudenza è dunque configurabile qualsiasi tipo di scissione, anche a valori contabili negativi, purché i valori economici siano *positivi*: poco importano invece avanzi e disavanzi di scissione che, per la natura di operazione di ristrutturazione aziendale, costituiscono solo poste di natura contabile e non vere e proprie plus/minusvalenze, quali invece saranno quelle realizzate in caso di successiva dismissione delle attività/passività aziendali a soggetto terzo<sup>24</sup>.

### 2.3.2. ASPETTI CONTABILI DELLA SCISSIONE.

Nel rispetto della normativa, un aspetto importante da considerare consiste nella modalità di rappresentazione contabile delle operazioni, che è possibile dividere in *due filoni*:

- scissioni tra soggetti *indipendenti*
- scissioni tra soggetti *infra-gruppo*.

Partendo dai *soggetti IAS/IFRS*<sup>25</sup>, da un punto di vista prettamente contabile, l'*IFRS 3*<sup>26</sup> è il principio contabile internazionale relativo a tutte le operazioni di finanza straordinaria di tipo aggregativo, le cosiddette *business combinations*, tra le quali rientrano le scissioni.

Esso sostanzialmente riprende lo *IAS 22*<sup>27</sup> che distingueva appunto in *due categorie*:

1. operazioni effettuate tra soggetti *indipendenti* (basata sulla '*Teoria della Proprietà*')
2. operazioni effettuate tra soggetti *under common control* (basata sulla '*Teoria della Capogruppo*').

---

<sup>19</sup> Le fasi della procedura sono elencabili in: progetto (minuziosamente regolato dal combinato disposto degli articoli 2501-ter e 2506-bis), che differisce dal progetto di fusione per la redazione di un documento unico per tutte le società partecipanti; delibera e atto di scissione, la cui normazione è completamente rinvenibile nei disposti relativi alla fusione.

<sup>20</sup> In tal senso, G.B. Portale, *Scissione parziale di società per azioni a favore della 'controllante' totalitaria; questioni*, in <<Banca, borsa e titoli di credito>>, I, 1998, pp. 362 e ss.

<sup>21</sup> Per un approfondimento si veda: M. Romano – M. Taliento, *Il trattamento contabile delle scissioni 'inverse': criticità alla luce degli standard di riferimento*, *Rivista dei Dottori Commercialisti* n. 2, Aprile – Giugno 2016.

<sup>22</sup> Risultando altrimenti un'operazione del tutto inutile per la beneficiaria e causando un'alterazione del valore economico delle partecipazioni preesistenti, contrastando in ciò con la causa stessa di tali operazioni (mancanza di valide ragioni economiche) - *Massima del Consiglio Notarile delle Tre Venezie L.E. 1 di pubblicazione 9/08 e sentenza n.26043/13 Corte di Cassazione, sez. I Civile*.

<sup>23</sup> Per le altre condizioni necessarie affinché si possa attuare la scissione negativa si veda la *Massima del Consiglio Notarile di Roma del luglio 2016 e la pronuncia n. 10586 del 14 maggio 2011 della Corte di Cassazione*.

<sup>24</sup> Il patrimonio scisso, a prescindere dalla realtà giuridica, è considerato un mero passaggio di consegne, in continuità dei valori contabili, nonostante la valutazione sia fatta ai valori correnti; pertanto, essendo considerati apporti di capitale anziché trasferimenti, non si realizza passaggio di proprietà (fittiziamente) né quindi minus/plusvalenze come in caso di cessione. È chiaro come questo sia un artificio giuridico non sempre corrispondente al vero dal momento che, come già accennato, vi può essere anche cambio di assetti proprietari sia in caso di società beneficiaria di nuova costituzione che, soprattutto, in caso di società pre-esistenti.

<sup>25</sup> Ricordando che i soggetti obbligati alla stesura del bilancio IAS/IFRS nel diritto italiano sono:

- società quotate;
- società emittenti strumenti finanziari diffusi;
- banche e gli intermediari finanziari soggetti a vigilanza;
- società assicurative quotate e quelle non quotate con riferimento al solo bilancio consolidato.

<sup>26</sup> *International Financial Reporting Standard 3*: derubricato, per l'appunto, *Business Combinations* (Aggregazioni Aziendali).

<sup>27</sup> *International Accounting Standard 22*.

Le prime, *non* trattate dal principio contabile internazionale, sottoposte al *pooling of interests method*<sup>28</sup> (quindi al criterio della continuità aziendale per le scritture contabili); le seconde al *purchase method*<sup>29</sup> (quindi al criterio del valore di mercato per le scritture contabili)<sup>30</sup>.

L'IFRS 3, eliminò il metodo di contabilizzazione *pooling of interests*, individuando nel *purchase method* l'unico metodo valido.

Da un punto di vista prettamente contabile, considerava le operazioni straordinarie (siano esse fusioni, scissioni, acquisizioni di rami d'azienda o di partecipazioni) *tutte* delle *acquisitions*, vale a dire operazioni con le quali si attua lo scambio di beni aziendali *contro corrispettivo*, sia esso rappresentato da denaro, azioni, crediti o altre attività.

Secondo il *purchase method* la contabilizzazione deve avvenire a valori correnti, quindi la società acquirente rileva le attività e le passività, queste ultime anche solo potenziali (per il principio della prudenza), ai relativi *fair value* alla data di acquisizione e l'eventuale differenza, *positiva*, fra il prezzo di acquisizione ed il *fair value* delle attività nette costituisce *avviamento*. Quest'ultimo, anziché essere sistematicamente ammortizzato, viene periodicamente sottoposto a verifica tramite *impairment test*<sup>31</sup> per valutarne l'eventuale riduzione di valore.

L'IFRS 3 rivisitato<sup>32</sup> (IFRS 3R di qui in avanti) propende per l'*acquisition method of accounting*: lo IASB<sup>33</sup> ha previsto infatti l'abbandono del *purchase method* in perfetta analogia con la nozione di *business combination* rivisitata.

Secondo il dettato dell'IFRS 3R sono da considerarsi aggregazioni aziendali tutte quelle operazioni o quegli eventi in cui un'entità detta acquirente *acquisisce il controllo* di una o più attività aziendali.

L'IFRS 3R, introducendo, seppure quale scelta facoltativa, l'*acquisition method* quale nuovo metodo di contabilizzazione delle aggregazioni aziendali, segna il declino della Teoria della Capogruppo a favore della *Teoria dell'Entità*, che considera il gruppo come un soggetto *unitario ed autonomo*, senza distinzione tra interessi della capogruppo e delle minoranze.

Il nuovo metodo, infatti, prevede la rilevazione dell'avviamento per il suo intero ammontare (*full goodwill approach*) e quindi che il bilancio consolidato esprima l'interezza degli *assets* posseduti, senza distinzione tra quelli della capogruppo e quelli delle minoranze.

Il *full goodwill approach* implica l'iscrizione nel bilancio dell'entità acquirente tanto del *goodwill* di pertinenza del gruppo quanto di quello di pertinenza di terzi, in contrasto col *purchase method* che prevedrebbe un *partial goodwill approach*, inteso come iscrizione a bilancio del solo *goodwill* di pertinenza della maggioranza.

Tale principio parte dal presupposto che dal punto di vista squisitamente economico, in tutte le operazioni nelle quali è configurabile un'*acquisizione con trasferimento del controllo*, ivi compreso *un certo tipo* di scissioni, vi è un soggetto (anche se non sempre) che perviene al controllo di un'azienda o ramo di azienda.

Ne deriva che per tutte le *business combinations* è, per ipotesi, sempre possibile riconoscere l'esistenza di un soggetto acquirente, di un *business* acquisito e di un soggetto cedente. E questi sono i presupposti perché si possa applicare l'IFRS 3R, il relativo *acquisition method* e la valutazione al *fair value*.

Per le restanti operazioni l'IFRS 3R rimanda allo IAS 22 quindi, implicitamente, al *pooling of interests method*.

Per quanto riguarda i soggetti *OIC adopter*<sup>34</sup>, occorre fare riferimento alle disposizioni dell'*OIC 4*<sup>35</sup> che,

---

<sup>28</sup> Significato: metodo della *concentrazione degli affari/interessi*.

<sup>29</sup> Significato: metodo dell'*acquisto*.

<sup>30</sup> Le prime iscritte quindi al *costo storico*, le seconde al *fair value*.

<sup>31</sup> L'*impairment test* verifica che le attività in bilancio siano iscritte ad un valore non superiore a quello effettivamente recuperabile. Il valore d'uso (o valore recuperabile) è determinato attraverso la metodologia del *Discounted Cash Flow* ossia l'attualizzazione dei flussi di cassa operativi futuri.

<sup>32</sup> Nel 2008.

<sup>33</sup> *International Accounting Standard Board*.

<sup>34</sup> Tutte le restanti entità esclusi i soggetti *IAS/IFRS adopter* di cui sopra.

<sup>35</sup> Derubricato: *Fusioni e Scissioni*.

diversamente dai principi contabili internazionali, predilige il *metodo della continuità dei valori aziendali* e quindi la sola valutazione al costo storico.

Sostanzialmente, l'apporto di patrimonio avviene ai valori contabili (che rimangono gli stessi del bilancio straordinario pre-scissione nella scissa) registrando poi avanzi o disavanzi contabili dovuti allo scarto col valore economico (stimato) dell'apportato e riferiti a due situazioni oggettive particolari:

- il concambio, dovuto alla differenza tra il netto apportato *ex ante* (nella scissa) e quello *ex post* (nella beneficiaria/e)
- l'annullamento della partecipazione, nel caso di partecipazione *ex ante* della beneficiaria nella scissa (o viceversa).

Quindi avremo, in particolare:

Netto apportato dalla Scissa > Capitale Sociale ottenuto dai soci della Scissa **Avanzo di Scissione da Concambio**

Netto apportato dalla Scissa < Capitale Sociale ottenuto dai soci della Scissa **Disavanzo di Scissione da Concambio**

Costo della Partecipazione imputabile al ramo conferito nella beneficiaria	*	(a) % di Partecipazione effettivamente attribuibile a Quella beneficiaria	>	Netto di competenza relativo alRamo Conferito	*	(b) % di possesso della scissa da parte della Beneficiaria	<b>Disavanzo di Scissione da Annullamento</b>
Costo della Partecipazione imputabile al ramo conferito nella beneficiaria	*	(a) % di Partecipazione effettivamente attribuibile a Quella beneficiaria	<	Netto di competenza relativo alRamo Conferito	*	(b) % di possesso della scissa da parte della Beneficiaria	<b>Avanzo di Scissione da Annullamento</b>

36

Chiaramente, in caso di scissione parziale avremo sia avanzi/disavanzi da concambio che da annullamento; in caso di scissione integrale solo da concambio.

È bene ricordare che ogni socio deve ottenere un numero intero di azioni; la legge infatti consente, nel caso, di arrotondare all'intero superiore e conguagliare in denaro i soci entro certi limiti (*art.2506 comma 2 C.C.*).

### 2.3.3. ASPETTI FISCALI DELLA SCISSIONE.

La scissione, come qualsiasi operazione aziendale, deve tenere conto anche degli effetti fiscali. Quest'ultimo aspetto è quello di maggiore interesse in questa sede.

Mentre per la contabilità iniziamo ad avere una certa armonizzazione a livello internazionale, lo stesso non si può dire per il diritto, in particolare tributario.

Armonizzazione in teoria già disciplinata dal *TFUE*<sup>37</sup> all'*art.113* per quanto riguarda le imposte indirette (più precisamente IVA e accise) con la delibera unanime, in seno al Consiglio Europeo, per la creazione di modelli comuni; più limitata invece in tema di imposte dirette, per le quali l'*art.115 TFUE* richiede solo un impegno ad avvicinare quanto più possibile le rispettive normative degli Stati Membri per evitare quanto più possibile i conflitti sulla stessa materia.

Per quanto riguarda le imposte *indirette*, la '*Finanziaria 1994*' ha introdotto la *neutralità dell'IVA* e fatto riferimento alla disciplina sulle fusioni per quanto concerne l'*imposta di registro*.

L'IVA è neutrale nel senso che, non essendo la scissione considerata alla stregua di una cessione di beni per

<sup>36</sup> M. Confalonieri, *Trasformazione, fusione, conferimento, scissione e liquidazione delle società. Aspetti civilistici contabili e fiscali delle operazioni straordinarie*. Ediz. 2017. Gruppo 24 Ore.

<sup>37</sup> *Trattato di Funzionamento dell'Unione Europea*.



previsione normativa dell'art. 2, comma 3, lettera f) del DPR n. 633/72, non si applica alcuna tassazione; interpretazione confermata anche dalla Finanziaria del 1994 e dalla Circolare 150/E del 1994 da parte dell'Agenzia delle Entrate.

In merito alla liquidazione dell'IVA di gruppo, in mancanza di precisazioni ufficiali, occorre far riferimento a vari provvedimenti amministrativi adottati nel corso del tempo e a quanto sostenuto da autorevole dottrina, cui si rimanda<sup>38</sup>.

Per quanto concerne invece l'imposta di registro essa è passata da proporzionale (1% del netto) a fissa con legge n.425 del 8 agosto 1996. Misura fissa dovuta anche per imposta ipotecaria (dovuta per la trascrizione dell'atto di scissione) e catastale (dovuta per le volture eseguite in dipendenza della scissione)<sup>39</sup>.

Per quanto concerne invece le imposte dirette, possiamo rilevare un accenno normativo alle scissioni in ambito UE negli artt.178 e ss. TUIR.

L'art.178 precisa che le successive norme si riferiscono a soggetti indicati già per la fusione alla lettera a) dello stesso articolo 46 "alcuno dei quali sia residente in uno Stato della Comunità diverso da quello del primo" in cui "il soggetto scisso o almeno uno dei beneficiari siano residenti nel territorio dello Stato". Nelle lettere b), scissioni totali, e b-bis), scissioni parziali, il riferimento esplicito è solo alle scissioni proporzionali.

L'art.179 al comma 4 anticipa la regola generale della neutralità fiscale (IRES e IRAP attualmente) delle operazioni di scissione, ossia il "non realizzo di plusvalenze o minusvalenze sulle azioni o quote date in cambio", così come voluto dalla Direttiva CEE n.133 del 2009, per operazioni di scissione intra-UE; precisando che "gli eventuali conguagli concorrono, invece, a formare il reddito dei soci della società scissa".

L'art.180 tratta i fondi in sospensione d'imposta e l'art. 181 varie altre nozioni non qui analizzabili una ad una, con particolare riguardo ad alcune posizioni soggettive (ossia quegli elementi di calcolo essenziali per la determinazione dell'utile di bilancio, dell'imponibile fiscale e delle imposte da versare) della scissa. In sintesi, il TUIR delinea i contorni della fiscalità delle scissioni transfrontaliere intra-UE perché si eviti la doppia imposizione.

Per le scissioni di 'carattere nazionale' il punto di riferimento è l'art.173 TUIR.

In particolare, il primo comma prevede la neutralità delle scissioni nei confronti delle società partecipanti e dei soci della società scissa: l'operazione stessa non costituisce presupposto di realizzo o distribuzione di plusvalenze/minusvalenze dei beni della scissa "comprese quelle relative alle rimanenze e al valore di avviamento".

In questo dettato, notiamo subito che, di regola, in Italia si parte dal presupposto della neutralità fiscale dell'operazione. Di regola perché, come vedremo, non è prevista sempre.

Una neutralità dunque sia a livello delle società partecipanti (secondo comma) che a livello dei soci della scissa (terzo comma).

Per neutralità fiscale s'intende che non vi è produzione di reddito nonostante il valore economico possa differire da quello contabile; ovvero l'operazione non produca, di per sé, né utili né perdite, bensì movimentazione di sola ricchezza già esistente.

Il secondo comma dell'articolo specifica che "i beni ricevuti sono valutati fiscalmente in base all'ultimo valore riconosciuto ai fini delle imposte sui redditi", quindi per la scissa che continua a esistere (quindi nel caso di scissione parziale) è imponibile la differenza di valore stimato perché, di fatto, è come avesse rivalutato i suoi beni.

---

<sup>38</sup> M. Confalonieri, *Trasformazione, fusione, conferimento, scissione e liquidazione delle società. Aspetti civilistici contabili e fiscali delle operazioni straordinarie*. Ediz. 2017. Gruppo 24 Ore.

<sup>39</sup> Attualmente entrambe pari a 168 €.

Esistono però due *deroghe al principio di neutralità fiscale*, quindi due situazioni in cui la beneficiaria non avrà ‘pareggio’ dal punto di vista fiscale. In questi due casi viene permesso un ammortamento fiscale del disavanzo e quindi un minor reddito fiscale.

Chiaramente, questo regime di vantaggio, è dovuto a decisioni di natura politica: già la ‘Finanziaria 2007’, dato il periodo di recessione, aveva provveduto ad agevolare le scissioni per gli anni 2007-2008 con una *prima deroga al principio della neutralità (o irrilevanza) fiscale*, allineando in modo gratuito i valori civilistici e fiscali dei beni trasferiti e quindi permettendo che la maggiore stima effettuata per rivalutazione delle immobilizzazioni materiali ed immateriali o avviamento (*escludendo quindi partecipazioni e/o magazzino*) per effetto dell’imputazione del *disavanzo da concambio* (ma *non* anche da annullamento) venisse ammortizzata (come fosse una plusvalenza) e dedotta fiscalmente entro certi limiti (quindi abbassando il reddito fiscale della beneficiaria).

Citando la legge “*si considera riconosciuto, ai fini fiscali, il valore di avviamento e quello attribuito ai beni strumentali materiali e immateriali, per effetto della imputazione in bilancio del disavanzo da concambio, per un ammontare complessivo non eccedente l’importo di 5 milioni di euro*”.

Il riconoscimento fiscale di tale posta contabile era, tra l’altro, *gratuito* e non, come previsto da pregresse norme speciali, subordinato al pagamento di alcuna *imposta sostitutiva*. Tradotto: si avevano solo vantaggi fiscali nell’effettuare un’operazione di scissione.

La ‘Finanziaria 2008’ all’*art. 1, commi 46-48*, è intervenuta poi apportando una serie di rilevanti modifiche (e aggiungendo il *comma 15-bis all’art.173 del TUIR*) alla disciplina dei conferimenti, la quale, per esplicito richiamo normativo, si applica anche alle operazioni di fusione e scissione: la cosiddetta *seconda deroga al principio di neutralità fiscale*. In particolare ha reintrodotto l’imposta sostitutiva di cui sopra.

Senza procedere nel dettaglio, vennero inseriti due regimi, ordinario e derogatorio, di imposta sostitutiva per ‘smorzare’ l’effetto. Tradotto: c’era ancora un vantaggio fiscale riconosciuto dal Legislatore nell’effettuare l’operazione di scissione ma stavolta più attenuato.

Il terzo comma, come accennato, sancisce la *neutralità del concambio* delle azioni o quote per il socio per cui la scissione di fatto comporta una permuta patrimoniale: le nuove azioni o quote assumono il costo fiscale delle vecchie. Quest’ultimo che dovrà ovviamente essere suddiviso *proporzionalmente* sulle nuove azioni in base al netto conferito alle beneficiarie.

I successivi commi dell’*art.173 TUIR*, trattano poi, tra le altre, alcune posizioni soggettive: il trattamento fiscale dell’eccedenza del *ROL*<sup>40</sup>, il trasferimento dell’*ACE*<sup>41</sup>, gli acconti e le ritenute d’imposta, i fondi di accantonamento, *retro* e *post* datazione degli effetti della scissione, i fondi in sospensione d’imposta, il riporto delle perdite fiscali: tutti argomenti per lo più rispecchiabili nella normativa relativa alla fusione e comunque non affrontabili qui uno ad uno<sup>42</sup>.

### 2.3.4. L’ABUSO DEL DIRITTO NELLE SCISSIONI.

Fu la Direttiva CEE n. 434 del 1990, conosciuta anche come ‘Direttiva Fusioni’, a introdurre una certa attenzione nei confronti dell’abuso del diritto dal punto di vista normativo: essa sottolineava come la prevalenza di un intento elusivo rendesse l’operazione di fatto elusiva.

Le scissioni sono interessate, più di altre operazioni, alla normativa antielusione: il polimorfismo di tale operazione, in tal senso, non la aiuta affatto.

Il Fisco, data la neutralità di tali operazioni, è interessato a verificare le valide ragioni economiche poste a base delle stesse. Tali operazioni, di per sé non elusive, possono diventarle se collegate ad altre poste in

---

<sup>40</sup> Reddito Operativo Lordo.

<sup>41</sup> Aiuto alla Crescita Economica.

<sup>42</sup> I commi 12, 13 e 14, infine, sono relativi a obblighi, controlli e responsabilità in seno alle società che partecipano alla scissione; quindi non di nostro interesse in questa sede.

essere al fine di aggirare obblighi o divieti tributari o al fine di ottenere indebite riduzioni d'imposta. Se il Fisco ravvisasse l'intento elusivo, ne disconoscerebbe fiscalmente la validità.

- Imposte Dirette

Un primo riferimento alla questione dell'abuso del diritto in materia di scissioni l'abbiamo con riferimento all'art.10 della legge n.408/90 per cui alla circolare 9/9/252 del 21 marzo 1980 dell'Agenzia delle Entrate venivano considerate elusive tutte le scissioni non aventi per oggetto aziende o complessi aziendali.

Fu così che, nel caso di apporti di rami aziendali come quelli immobiliari (e non quindi un complesso come richiesto dalla norma) per aziende non operanti nel settore, vennero praticati due comportamenti contestabili: il primo di apporto di esso nella beneficiaria; il secondo, meno attaccabile dalla A.F., consistente nella scissione parziale con mantenimento del complesso immobiliare nella scissa e trasferimento del comparto operativo nella beneficiaria (quindi più propriamente una ristrutturazione aziendale).

Per quanto riguardava singoli beni come le partecipazioni la scissione appariva ormai di fatto improponibile. A detta del sedicesimo comma dell'articolo citato erano inoltre del tutto inammissibili le scissioni non proporzionali.

Anche questa norma fu ampiamente criticata dalla dottrina del periodo facendo notare che dividere la società tra soci, ad esempio, entrati in conflitto d'interessi tra loro senza aggravii fiscali fosse un precetto economico da dover preservare, così come che il risparmio d'imposta sui capital gain <sup>43</sup> (per il passaggio, grazie alla variazione delle percentuali di possesso, da regime ordinario a quello forfettario di allora) non potesse essere considerato intento fraudolento ma lecito risparmio d'imposta, previsto dalla stessa normativa <sup>44</sup>.

Con l'art.37bis (1997) si andò soffermandosi sull'importanza della sostanza economica dell'operazione, rendendo attuabili anche certi apporti di singoli beni: si pensi alla 'cessione' di singoli beni da più scisse al fine di costituire una joint venture (tramite la già citata scissione inversa) oppure la 'cessione' di un singolo immobile a nuova beneficiaria per poi costruirvi intorno una società ad hoc successivamente <sup>45</sup>.

L'art.37-bis TUIR sosteneva che le scissioni fossero tendenzialmente non elusive quando:

- i soci delle beneficiarie non alienassero le partecipazioni ricevute a seguito della scissione (altrimenti ravvisabile in cessione di partecipazioni)
- i soci della scissa non trasferissero il controllo nella scissa successivamente alla scissione.

I principali dubbi di elusione sorgevano dunque quando la scissione veniva usata per incorporare un determinato aggregato patrimoniale per poi procedere alla sua cessione sotto forma di partecipazione societaria e quando veniva usata per incorporare il patrimonio della scissa assegnando ai soci singole parti di esso anziché procedere a liquidazione della scissa o permuta delle partecipazioni tra i soci.

Erano vietati quindi:

- la simulazione di una scissione al fine sostanzialmente di cedere le partecipazioni in un secondo momento
- una motivazione economica dell'operazione per i soci della scissa che fosse diversa dalla riorganizzazione aziendale (liquidazione del patrimonio senza cessione dell'attività o redistribuzione dei rapporti di forza tra i soci).

Un importante presa di posizione fu adottata nel 1999 dalla Direzione Regionale delle Entrate lombarda in merito a una scissione non proporzionale di società di gestione immobiliare che conferiva a tre beneficiarie un terzo degli immobili. Nonostante il risparmio d'imposta conseguito, a dire dell'Agenzia, esso costituiva un comportamento legittimo per l'ordinamento tributario.

---

<sup>43</sup> Plusvalenze realizzate mediante la cessione di partecipazioni.

<sup>44</sup> D.Reali, *Appunti e riflessioni sulle problematiche fiscali delle operazioni di scissione delle società residenti* – *Rivista dei Dottori Commercialisti*, 1993, pg. 1116.

<sup>45</sup> M. Confalonieri, *Trasformazione, fusione, conferimento, scissione e liquidazione delle società. Aspetti civilistici contabili e fiscali delle operazioni straordinarie*. Ediz. 2017. Gruppo 24 Ore.

---

L'art.173 del TUIR, in vigore dal 2004, fu una norma di spettro non così ampio come il 37-bis, volta a regolare solo determinate fattispecie, prevedendo anzitutto che le perdite dovessero ricondursi proporzionalmente alle beneficiarie e non a seconda della convenienza fiscale quindi in particolare solo a quelle beneficiarie con forti utili (stiamo parlando quindi di scissioni 'per incorporazione') e comunque sempre proporzionalmente tra scissa e beneficiarie (in caso di scissione parziale): il cosiddetto divieto di compensazione intersoggettiva <sup>46</sup>.

Oltre che la previsione dello stesso articolo di limitare la deducibilità delle perdite fiscali pregresse delle società partecipanti alla scissione per un ammontare non superiore ai rispettivi patrimoni netti <sup>47</sup>.

Da sottolineare come, a suo tempo, i pareri in dottrina, giurisprudenza e prassi, fossero assai discordanti. Nel 2006 la Risoluzione 5/E, recante il caso di una s.a.s. immobiliare con oggetto sociale la gestione di immobili di proprietà intenzionata a scindersi non proporzionalmente in tre beneficiarie, pari al numero di fratelli tra cui erano sorti dissidi e contemporanei contitolari della scissa con diritto di usufrutto a favore dei genitori, ritenne distortivo l'uso fatto dell'istituto a causa del risparmio d'imposta (quindi all'opposto della precedente circolare citata del 1999) riconducibile allo spostamento sine die della tassazione sulle plusvalenze dei beni stessi, causando non pochi malumori tra gli 'addetti ai lavori'.

Di fatto, l'approccio dell'A.F. era che:

- quando la premessa fosse un cambio di proprietà con cessione di partecipazioni da parte dell'originaria compagine societaria, costituita da persone fisiche, a nuovi soggetti, si ha abuso del diritto per via del già argomentato trattamento di favore sui capital gain (fiscalmente tassati in minor misura per i forfettari che avessero partecipazioni non qualificate)
- quando la premessa fosse la sola riorganizzazione produttivo-gestionale, pur in presenza di immobili apportati, allora non si poteva parlare di abuso del diritto.

Per quanto riguarda la scissione parziale proporzionale da riferimento faceva il Parere n.24 del 25 luglio 2006 del Comitato Consultivo <sup>48</sup> che raccoglieva tutte le principali situazioni per poter definire non elusiva una tale operazione:

- separazione del ramo operativo da quello immobiliare
- continuazione dei valori al costo storico
- sostanza dell'operazione ravvisabile nell'ottimizzazione tecnico-organizzativa
- mancata ricerca di un indebito vantaggio d'imposta
- l'operazione non sia preordinata a trasferire il controllo della scissa ad eventuali nuovi soci.

Con la Risoluzione n.58 del 22 marzo 2007 l'A.F. si riportò su posizioni meno aggressive dichiarando la liceità della scissione del ramo immobiliare da quello industriale in caso di passaggio generazionale dal genitore ai figli, nonostante la donazione fosse più onerosa da un punto di vista fiscale.

Opposti all'opinione di un Parere del 2005, che vedeva possibile la scissione di parte di quote della scissa a nuovi soci (in questo senso quindi forse fin troppo permissiva), i Pareri n.27 e 28 del 4 ottobre 2006 del Comitato Consultivo, dove si rilevava il non utilizzo di quello che, a dire del Comitato, fosse lo strumento più congruo per attuare gli intenti (ossia la cessione di ramo d'azienda) e quindi il presunto aggiramento della norma contenuta nell'art.86 comma 2 del TUIR relativo alla tassazione ordinaria delle plusvalenze per cessione di un ramo d'azienda.

Il Comitato allora suggeriva di:

- rappresentare specificamente (e non genericamente) l'istanza, sottolineando situazione di partenza, di arrivo, motivazioni e riflessi economico-gestionali dell'operazione
- motivare i vantaggi della separazione tra ramo immobiliare e operativo-industriale, sottolineando

---

<sup>46</sup> R.Lupi, *Il nuovo regime fiscale delle scissioni tra imitazioni della fusione e fobie anti elusive*, Il Fisco n.7/1993.

<sup>47</sup> M. Confalonieri, *Trasformazione, fusione, conferimento, scissione e liquidazione delle società. Aspetti civilistici contabili e fiscali delle operazioni straordinarie*. Ediz. 2017. Gruppo 24 Ore.

<sup>48</sup> Sulle norme antielusive – soppresso dal 2007.

che i rapporti tra le due o più entità sarebbero dovuti avvenire ai prezzi di mercato

- prevedere che le azioni o quote della beneficiaria non fossero successivamente oggetto di cessione da parte dei soci della scissa.

Un'altra interessante Risoluzione, la n.281 del 4 ottobre 2007 ribadiva la liceità della scissione, stavolta parziale e proporzionale, nei confronti dei figli (anche a titolo gratuito), quindi per ricambio generazionale, a patto che la cessione di patrimonio non superasse il 50% del capitale sociale della scissa e quindi non si alterassero i rapporti di controllo, in modo da non andare a ricadere nell'ipotesi elusiva della variazione di compagine sociale attraverso un'operazione fiscalmente meno onerosa del dovuto.

La Risoluzione n.56 del 22 marzo 2007 si focalizzò sul fatto che, perché si potesse attuare senza pretesa di elusività, l'eventuale dissidio tra i soci dovesse essere non relativo a dinamiche personali bensì strategico-gestionali tali da rischiare la crisi d'impresa oltre che un disegno dell'operazione tale da non configurare, al solito, l'eventuale successiva rivendita o donazione delle azioni o quote della beneficiaria da parte dei soci persone fisiche per spostare la tassazione da quella sui beni di primo grado (es.: immobili) a quelli di secondo grado (partecipazioni).

Ci siamo fatti un'idea che sono quindi principalmente 2 le situazioni fondate l'operazione:

1. soci che si dividono i complessi aziendali per continuare separatamente l'attività, in cui l'unica cosa da dimostrare è il valido, mostrabile e insanabile dissidio tra i soci
2. soci che si dividono meri aggregati patrimoniali o singoli beni, in cui sussisteva una maggior contestabilità da parte dell'Amministrazione Finanziaria.

Purtroppo, a detta della Risoluzione n.256/E, tale distinguo non era sufficiente: tutte le operazioni erano potenzialmente abusive.

Seguirono pareri e risoluzioni ministeriali di senso opposto.

In questo contesto, il momento forse 'peggiore' per gli operatori, in termini di discernimento tra operazioni abusive e non fu il 2008, quando la Suprema Corte con 3 sentenze specifiche dichiarò l'abuso del diritto come principio costituzionalmente e quindi rilevabile d'ufficio.

Nel 2009 la Risoluzione n.12/E si esprime sulla liceità della scissione negativa, segnando una parziale 'svolta riformista'.

Con la Circolare 9/E l'Agenzia delle Entrate riprende l'argomento scissione negativa, normando il cosiddetto test di vitalità anti bare fiscali, per chiarire che non si 'cedono' passività se anche i valori economici patrimoniali sono negativi.

Finalmente nel 2015 compare l'art.10 bis dello Statuto del Contribuente per cui l'A.F. può contestare certe operazioni a patto che il contribuente non mostri le valide ragioni extrafiscali, ribadendo anzi che quest'ultimo ha diritto a regimi opzionali diversi e quindi a ottenere un diverso carico fiscale e che, in sede di accertamento, sono disconoscibili i vantaggi fiscali solo se in aperta violazione di norme tributarie specifiche.

L'onere della prova si sposta quindi nettamente verso l'A.F., salvo il contribuente dover dimostrare le valide ragioni extra-fiscali.

Il nuovo dettato prevede dunque che siano indici di mancanza di sostanza economica:

- la non coerenza della qualificazione delle singole operazioni con il fondamento giuridico nel loro insieme
- la non conformità dell'utilizzo degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato.

L'abuso del diritto, dall'ultima riforma, si configura quindi per esclusione (sia dalle fattispecie che rientrano nell'evasione, come simulazione, antieconomicità, esterovestizione, interposizione, che da quelle che rientrano nel debito risparmio d'imposta).

Seguendo alcune linee guida fornite dal Consiglio Nazionale del Notariato (56/2016/T):

1. innanzitutto individuare se l'operazione può essere definita potenzialmente abusiva (quindi individuare se nell'ordinamento esistono più trattamenti tributari attribuibili, capire se i vantaggi



fiscali conseguibili dipendano dalla libertà di scelta tra diversi regimi fiscali attribuibile al contribuente o se vi è solo rispetto formale e non anche sostanziale del dettato normativo);

2. in tal caso considerare se esistono ragioni extrafiscali non marginali (oggettive, effettive e di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa).

Perciò, per interpretazione dottrinale:

1. se una determinata modifica nella sfera economico-giuridica di un soggetto avviene nella via più immediata ed efficiente, per quanto combinata in diversi strumenti giuridici, e se questa la si ottiene abbinando alla forma giuridica la sostanza economica, la natura 'artificiosa' della condotta è da escludere
2. se oltre all'indebito risparmio d'imposta si configuri la specifica disapplicazione di una norma tributaria è da configurarsi mancata osservanza della legge ma non necessariamente abuso del diritto se oltre alle condizioni di cui sopra si ha non una semplice disapplicazione della disposizione di legge ma anche l'aggiramento della stessa <sup>49</sup>, allora si configura abuso del diritto.

Alla luce del nuovo art.10-bis, la Risoluzione n.101 del 3 novembre 2016 esplica la liceità, per l'Agenzia delle Entrate, della scissione di società con assegnazione alla scissa delle partecipazioni societarie e alla beneficiaria di tutti gli immobili e la contestuale trasformazione agevolata in società semplice voluta dal Legislatore, di fatto segnando la svolta favorevole nei confronti della succitata combinazione di strumenti giuridici.

Assonime <sup>50</sup>, con la Circolare n.21 del 2016, ritiene le scissioni di aziende non proporzionali non elusive purché i soci mantengano il costo fiscale delle partecipazioni originariamente possedute, con la conseguenza che non si creano doppie deduzioni o 'salti d'imposta'.

La Suprema Corte, con sentenza n.6758/2017, sostanzialmente afferma, 'smorzando gli animi' che l'interpretazione può qualificare come cessione d'azienda una serie di atti plurimi se, in base al dato concreto, si riconosce una causa unitaria di cessione aziendale.

- Imposte Indirette

In merito all'imposta di registro, la Risoluzione 98/E/2017 decreta non esserci abuso per l'operazione di scissione non proporzionale finalizzata a creare i presupposti per l'assegnazione agevolata (senza liquidazione vera e propria) di immobili sociali (ribadendo un concetto espresso nella precedente Risoluzione 101/E). Tale operazione è infatti soggetta espressamente a tassa fissa di registro e, nel caso, la successiva assegnazione agevolata non è tale da modificare la qualificazione giuridica dell'operazione <sup>51</sup>.

Con la 'Finanziaria' 2018 si è provveduto a modificare il Testo Unico dell'imposta di Registro riconoscendo un doppio principio:

- il carattere non elusivo dell'art. 20 TUR, che è utilizzato solo ai fini dell'interpretazione dell'atto in sede di registrazione, superando così la 'teoria degli atti collegati'
- la separata applicazione della disciplina dell'abuso del diritto, in cui 'non ha cittadinanza' l'interpretazione volta a rendere non opponibili al Fisco le operazioni disciplinate sia dall'atto registrato, sia eventualmente da altri negozi, comunque prive della connotazione della sostanza economica diversa dal vantaggio fiscale (in linea quindi con le nuove previsioni dell'art.10-bis Statuto del Contribuente).

## **2.4 SCAMBIO DI PARTECIPAZIONI E ABUSO DEL DIRITTO. ( Bruno Lucarini – Laura Valoriani – Sabrina Duchi – Sara Duchi)**

Quando si parla di scambio di partecipazioni si intende l'operazione che ha lo scopo di fare acquisire o integrare ad una società o ente assimilato (cosiddetto "soggetto acquirente") il controllo di un'altra società o

---

<sup>49</sup> Occorre dunque un disegno fraudolento.

<sup>50</sup> 'Centro Studi' delle S.p.A. italiane

<sup>51</sup> L.Gaiani – articolo su 'Il sole 24 Ore' n.199, 27 luglio 2017

ente assimilato (cosiddetto “soggetto scambiato”) mediante l’attribuzione ai soci di quest’ultimo di partecipazioni del soggetto acquirente.

La disciplina fiscale relativa allo scambio “nazionale” di partecipazioni è contenuta nell’articolo 177 del Tuir.

La sopra menzionata norma, dato che è possibile effettuare questo tipo di scambi con diverse modalità, distingue le tipologie di operazioni in:

- scambio di partecipazioni realizzato mediante permuta (comma 1);
- scambio di partecipazioni realizzato mediante conferimento (comma 2).

#### **2.4.1 LO SCAMBIO DI PARTECIPAZIONI ATTRAVERSO LA PERMUTA (ARTICOLO 177, COMMA 1, DEL TUIR)**

L’articolo 177, comma 1, del Tuir disciplina lo scambio di partecipazioni effettuato attraverso lo schema della “permuta”, ovvero quell’operazione “mediante la quale uno dei soggetti indicati nell’articolo 73, comma 1, lettere a) e b), acquista o integra una partecipazione di controllo ai sensi dell’articolo 2359, comma 1, n. 1), del Codice civile ... ovvero incrementa, in virtù di un obbligo legale o di un vincolo statutario, la percentuale di controllo in altro soggetto indicato nelle medesime lettere a) e b), attribuendo ai soci di quest’ultima azioni proprie”.

Per applicare questa norma bisogna valutare alcuni aspetti inerenti i soggetti che considera e altri inerenti l’oggetto e quindi:

- dal punto di vista soggettivo, sono coinvolti:

a) la società acquirente (la società che vuole acquisire o integrare il controllo), la quale dovrà essere necessariamente una società di capitali con capitale suddiviso in azioni (quindi: S.p.a., S.a.p.a.) residente in Italia;

b) la società scambiata (la società della quale si intende acquisire il controllo), che può essere una società di capitali (S.p.a., S.a.p.a., S.r.l., società cooperative e di mutua assicurazione) e/o un ente commerciale residente in Italia (di conseguenza, sono escluse le società non residenti, le società di persone e le ditte individuali);

c) i soci scambianti (i soci della società scambiata), che possono rivestire qualsiasi forma giuridica (quindi anche persone fisiche non operanti in regime d’impresa, società, enti);

- dal punto di vista oggettivo invece: lo scambio dovrà avere come oggetto una partecipazione che consenta alla società acquirente di acquistare, integrare ovvero incrementare, in virtù di un obbligo legale o di un vincolo statutario, il controllo di diritto (come determinato dall’articolo 2359, comma 1, n. 1, del codice civile<sup>52</sup>) della società scambiata.

Con riferimento a quanto sopra può essere opportuno evidenziare che:

- “*l’acquisto del controllo*” presuppone l’assegnazione da parte dei soci scambianti di una partecipazione che, di per sé, è già in grado di attribuire il controllo di diritto della società scambiata all’acquirente che non possedeva già alcuna partecipazione nella società scambiata;

- “*l’integrazione del controllo*” si ha nel caso in cui, tramite l’operazione di scambio, viene attribuita una partecipazione che, assieme a quella già posseduta, consente alla società che acquista di arrivare al controllo della società scambiata ai sensi dell’articolo 2359, comma 1, n. 1), del codice civile;

- “*l’incremento del controllo*” si presenta nel caso in cui l’operazione consenta alla società che acquista di incrementare la partecipazione di controllo già posseduta nella società scambiata.

Previo soddisfacimento dei requisiti sopra menzionati, lo scambio di partecipazioni attraverso la permuta non determina componenti positivi o negativi di reddito, a condizione che il costo delle azioni assegnate in

---

<sup>52</sup>Articolo 2359, comma 1, n. 1, del Codice Civile: “Sono considerate società controllate: 1) la società in cui un’altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell’assemblea ordinaria”

permuta sia attribuito alle azioni o quote ricevute in cambio (quindi vi è neutralità dell'operazione se si verifica il mantenimento dei valori fiscali in capo alla società acquirente ed ai soci scambianti).

Per la precisione, in mancanza di una norma specifica, prevale l'orientamento secondo cui l'applicazione del regime di neutralità è subordinato alla continuità non solo dei valori fiscali, ma anche di quelli contabili<sup>53</sup>.

Coerentemente con questo orientamento si può concludere dicendo che:

- la continuità dei valori fiscalmente riconosciuti è correlata al comportamento contabile dei soggetti che prendono parte all'operazione<sup>54</sup>;
- l'eventuale contabilizzazione di un differente valore se superiore al primo, comporta l'assoggettamento a tassazione dell'operazione.

Infine, è bene ricordare che la condizione riguardante il subentro nel valore contabile e fiscale delle partecipazioni ricevute ai fini dell'applicazione del regime di neutralità dell'operazione di scambio tramite permuta deve essere verificata singolarmente in capo a ciascuno dei soggetti che la realizza (quindi le società acquirenti e i soggetti scambianti) e anche in modo del tutto indipendente (ciò comporta che l'eventuale iscrizione di un maggior valore sulle partecipazioni ricevute in permuta dalla società acquirente rispetto al costo fiscale di quelle scambiate non pregiudica la possibilità di fruire dell'agevolazione da parte dei soci scambianti). Va inoltre detto che l'eventuale conguaglio in denaro concorre a formare il reddito del percipiente ferma restando la possibilità di applicare, quando ne ricorrono le condizioni, il regime di (parziale) esenzione previsto dall'articolo 87 del Tuir per i soggetti Ires, ovvero per le persone fisiche non operanti in regime d'impresa (articolo 67, comma 1, lettera c, del Tuir), ovvero nei confronti degli imprenditori individuali e delle società di persone (articolo 58 del Tuir).

#### **2.4.2 LO SCAMBIO DI PARTECIPAZIONI MEDIANTE CONFERIMENTO (ARTICOLO 177, COMMA 2, DEL TUIR).**

Il comma 2 dell'articolo 177 del Tuir disciplina la seconda modalità tramite cui si può realizzare lo scambio di partecipazioni, l'operazione di conferimento.

A differenza del comma 1 dell'articolo 177 del Tuir che disciplina lo scambio di partecipazioni attuato con lo schema della "permuta", la disciplina prevista nel comma 2 non descrive un regime di neutralità fiscale, ma un vero e proprio criterio di valutazione delle partecipazioni ricevute a seguito del conferimento, rilevante ai fini della determinazione del reddito in capo al soggetto conferente. Questa differenza è giustificata in considerazione del fatto che nello schema del conferimento (previsto dal comma 2) non è possibile applicare un criterio di "continuità dei costi tra conferente e conferitario", questo dato che la partecipazione rilasciata a seguito del conferimento, a differenza di quella ricevuta in caso di permuta, non è dotata di un valore fiscalmente riconosciuto trasferibile alla partecipazione attribuita.

In particolare, l'articolo 177, comma 2, del Tuir disciplina che: *«le azioni o le quote ricevute a seguito di conferimenti in società, mediante i quali la società conferitaria acquisisce il controllo di una società ai sensi dell'articolo 2359, comma 1, n. 1), del Codice civile ovvero incrementa, in virtù di un obbligo legale o di un vincolo statutario, la percentuale di controllo, sono valutate, ai fini della determinazione del reddito del conferente, in base alla corrispondente quota delle voci di patrimonio netto formato dalla società conferitaria per effetto del conferimento»*.

Per quanto concerne l'ambito di applicazione della sopra citata norma va specificato che:

- dal punto di vista soggettivo, i soggetti coinvolti sono:
  - a) la società conferitaria (la società che intende acquisire o integrare il controllo), che, coerentemente con quanto previsto dal comma 2 dell'articolo 177 in esame, deve essere necessariamente una "società" (stante

---

<sup>53</sup>In questo senso nella circolare 27 maggio 1998 n. 42, l'Assonime ha sottolineato che *"Nella disciplina interna dello scambio di partecipazioni si delinea ... un regime di neutralità dell'operazione che si caratterizza come tale anche sul piano della rappresentazione in bilancio. Questa conclusione trova conferma nelle istruzioni al riguardo contenute nella circolare n. 320/E del 1997"*.

<sup>54</sup>Ciò a differenza di quanto previsto per gli scambi intracomunitari di partecipazioni, disciplinati dall'articolo 179 del Tuir, per i quali il regime di neutralità opera indipendentemente dalla rappresentazione contabile dell'operazione

---



questa generica previsione, quindi, rientrano nell'ambito di applicazione della disciplina in esame le società di capitali, le società di persone, le cooperative, le mutue assicuratrici)<sup>55</sup>;

b) la società scambiata (la società della quale si intende acquisire il controllo), che può essere una società di capitali (S.p.a., S.a.p.a., S.r.l., società cooperativa e di mutua assicurazione) e/o un ente commerciale residente in Italia (di conseguenza, dovrebbero ritenersi escluse le società non residenti, le società di persone e le ditte individuali)

c) i soci scambianti (i soci della società scambiata), che invece possono rivestire qualsiasi forma giuridica e, pertanto, possono essere rappresentati da persone fisiche (imprenditori e non imprenditori), società di persone, società di capitali, enti commerciali ed enti non commerciali;

• dal punto di vista oggettivo l'operazione deve avere ad oggetto una partecipazione che consenta alla società conferitaria di *acquistare ovvero incrementare, in virtù di un obbligo legale o di un vincolo statutario*, il controllo della società scambiata.

La nozione di controllo alla quale si riferisce la norma in questione si riferisce solamente al controllo di diritto ai sensi dell'articolo 2359, comma 1, n. 1, del Codice civile, secondo cui è considerata controllata una società in cui un soggetto dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria.

Come già detto, l'operazione di scambio di partecipazioni mediante conferimento non rappresenta un'operazione fiscalmente neutra, ma ci troviamo di fronte ad un conferimento a cosiddetto "realizzo controllato". Quindi, previo soddisfacimento dei requisiti sopra descritti e secondo quanto previsto dal comma 2 dell'articolo 177 del Tuir, lo scambio di partecipazioni mediante conferimento viene considerato, ai fini fiscali, come un atto potenzialmente "realizzativo" in cui l'emersione di una plusvalenza tassabile in capo al conferente è subordinata al tipo di comportamento tenuto dalla società conferitaria (in particolare, in funzione dell'effettiva iscrizione da parte di quest'ultima di un maggiore valore rispetto all'ultimo costo fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni conferite).

In questo senso, infatti:

- il soggetto conferente deve valutare le partecipazioni ricevute in cambio in base alla corrispondente quota di patrimonio netto formatasi presso la società conferitaria;
- (di conseguenza) l'eventuale differenza positiva esistente tra questa quota del patrimonio netto rispetto all'ultimo valore fiscale della partecipazione conferita genererà una plusvalenza tassabile in capo al conferente.

Quindi, il trattamento fiscale che può essere applicato all'operazione in questione risulta vincolato al tipo di comportamento contabile che adotta la società conferitaria e, in questo senso, potrà verificarsi:

- una plusvalenza o una minusvalenza da rilevare fiscalmente in capo al conferente nell'ipotesi in cui l'incremento del patrimonio netto della società conferitaria non dovesse coincidere con l'ultimo valore fiscale delle partecipazioni conferite dal soggetto conferente;
- la neutralità fiscale dell'operazione nel caso opposto.

### 2.4.3 LA NORMA ANTIELUSIVA SPECIFICA.

Sempre l'articolo 177 del Tuir al comma 3 prevede una disposizione finalizzata ad evitare che la disciplina relativa alle permutate ed ai conferimenti di partecipazioni consenta di scambiare azioni o quote prive dei requisiti per beneficiare del regime di *participation exemption* previsto dall'articolo 87 del Tuir con partecipazioni che, una volta decorso il periodo minimo di possesso, possono usufruire di questa agevolazione con la conseguente emersione di plusvalenze soltanto parzialmente imponibili in capo al soggetto scambiante.

---

<sup>55</sup>Nella risoluzione 4 aprile 2017 n. 43/E, l'Agenzia ha confermato l'applicabilità della disciplina dell'articolo 177, comma 2, del Tuir nelle sole ipotesi in cui in cui sia la società acquirente/conferitaria sia la società acquistata/scambiata sono società di capitali residenti (con conseguente esclusione delle società di persone e delle società non residenti). La conclusione alla quale è giunta l'Agenzia è stata criticata dalla dottrina in quanto contrasterebbe con il dato letterale della norma. Vedasi anche: M. Marani, Società di persone da includere nel «realizzo controllato», Il Quotidiano del Commercialista, [www.eutekne.info](http://www.eutekne.info), 4 maggio 2017.

Infatti, per effetto del richiamo al comma 2 dell'articolo 175 del Tuir, il regime agevolato previsto per gli scambi domestici di partecipazioni risulta inapplicabile se il soggetto conferente (o scambiante) trasferisce partecipazioni per le quali non è applicabile il regime della *participation exemption* ricevendo in cambio azioni o quote che, viceversa, possiedono i requisiti per usufruire di questo regime.

In questa ipotesi, il valore di realizzo delle partecipazioni scambiate deve essere individuato in base al valore normale delle stesse determinato ai sensi dell'articolo 9 del Tuir.

#### **2.4.4 GLI INTERVENTI DI PRASSI SUL TEMA.**

La disciplina relativa allo scambio di partecipazioni mediante conferimento illustrata nei precedenti paragrafi è stata fatta oggetto di specifici chiarimenti:

- in occasione dell'evento "MAP" del 18 maggio 2006;
- nella risposta fornita all'interpello n. 954/739/2006;
- nella risoluzione dell'Agenzia delle Entrate 22 marzo 2007 n. 57/E;
- nella norma di comportamento n. 170 dell'Associazione italiana Dottori Commercialisti;
- nella risoluzione dell'Agenzia delle Entrate 18 novembre 2008 n. 446/E;
- nella circolare dell'Agenzia delle Entrate 17 giugno 2010 n. 33/E;
- nella risoluzione dell'Agenzia delle Entrate 20 aprile 2012 n. 38/E;
- nella risoluzione dell'Agenzia delle Entrate 4 aprile 2017 n. 43/E;
- risposta all'interpello n. 30 del 08 ottobre 2018 da parte dell'Agenzia Entrate

##### 1) La diretta MAP del 18 maggio 2006

In questa occasione l'Agenzia delle Entrate ha chiarito che, ai fini dell'applicazione del comma 2 dell'articolo 177 del TUIR, il conferimento della partecipazione non deve essere oggettivamente di controllo, essendo sufficiente il conferimento di una partecipazione che, seppure di ammontare inferiore alla soglia del controllo, consenta, tuttavia, al conferitario di acquisire il controllo di diritto.

##### 2) La risposta dell'Agenzia delle Entrate all'istanza di interpello n. 954-739/2006

Con questa risposta l'Amministrazione finanziaria ha chiarito che, in assenza di specifiche indicazioni al riguardo, il requisito del "controllo" della società scambiata ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile (rilevante, come visto in precedenza, ai fini dell'applicazione del comma 2 dell'articolo 177 del TUIR) è soddisfatto qualora:

- anche nel caso in cui l'acquisto delle partecipazioni provenga da più soci che risultano titolari di quote della società scambiata (ciascuno dei quali, tuttavia, non deve possedere, da solo, una quantità tale da attribuirne il controllo);
- a condizione che l'acquisizione avvenga in modo unitario, attraverso un contratto unitario che consenta alla società acquirente di assumere il controllo della società scambiata.

##### 3) La risoluzione dell'Agenzia delle Entrate 22 marzo 2007 n. 57/E (seguita da un cambio di orientamento espresso nella circolare 17 giugno 2010 n. 33/E).

Nella risoluzione 22 marzo 2007 n. 57/E, l'Agenzia delle Entrate ha analizzato il caso di una holding:

- partecipata in misura equivalente da 4 persone fisiche ( in misura pari al 25% ciascuno);
- titolare, a sua volta, di una partecipazione pari al 28,9131% nel capitale sociale di una società operativa Y a sua volta, partecipata in misura complessivamente pari al 40,43% dalle stesse 4 persone fisiche già socie della società holding.

In questo contesto l'Amministrazione finanziaria (con un'interpretazione che smentirà poi nella circolare n. 33/E/2010) ha negato la possibilità da parte delle 4 persone fisiche di effettuare il conferimento delle azioni possedute nella società operativa Y (complessivamente pari, come visto sopra, al 40,43%) nella società holding ai sensi dell'articolo 177, comma 2, del TUIR (con conseguente applicazione della ordinaria disciplina prevista dall'articolo 9 del TUIR) in considerazione del fatto che *"non si ravvedono ... le valide ragioni economiche in un'operazione che ... viene posta in essere al solo scopo di consentire alla Holding di*

famiglia di acquisire il controllo della Beta S.p.a. essendo, di fatto, tale controllo riconducibile, già prima dell'effettuazione del conferimento, ai 4 fratelli Omega. In altri termini, nella fattispecie de qua risulta violato lo spirito della norma di cui al comma 2 dell'articolo 177 che è quello di favorire le aggregazioni aziendali da parte della conferitaria allorquando la stessa assuma ex novo il controllo della società target". Secondo l'Agenzia delle Entrate, quindi, la fattispecie prevista dall'articolo 177, comma 2, del TUIR avrebbe potuto applicarsi soltanto nell'ipotesi in cui la società scambiante/conferitaria e quella di cui si vuole acquisire il controllo non appartengono già allo stesso gruppo.

Assonime con la circolare 12 aprile 2007 n. 20 ha subito criticato questa posizione dell'Agenzia delle Entrate evidenziando che:

- la natura non realizzativa dell'operazione di scambio di partecipazioni si manifesta proprio nelle operazioni infragruppo (essendo, quest'ultime, finalizzate ad attuare il mero riassetto della *governance*);
- l'articolo 177, comma 2, del TUIR chiede solo che i soci della società "scambiata" attuino un trasferimento di partecipazioni che complessivamente consenta alla società conferitaria/scambiante di acquisire o integrare il controllo nella prima società;
- lo scambio di partecipazioni disciplinato dall'articolo 177, comma 2, del TUIR rientra tra le operazioni straordinarie previste al capo III del TUIR (così come fusione, scissione e conferimento), ovvero nel novero delle operazioni che legittimamente dovrebbero poter essere attuate anche all'interno di un gruppo per modificare gli assetti di *governance*;
- questa interpretazione è contraria all'orientamento espresso dalla Corte di giustizia per le operazioni di scambio di partecipazioni intracomunitario previste dall'articolo 2, lettera d), della direttiva 434/90/CE (attuata, nel nostro ordinamento, con il decreto 30 dicembre 1992 n. 544) e, più nel dettaglio, all'orientamento espresso nella sentenza C-28/95 del 17 luglio 1997<sup>56</sup>.

Dello stesso parere di Assonime è l'Associazione italiana Dottori Commercialisti che con la norma di comportamento n. 170 ha analizzato il significato da attribuire all'articolo 177, comma 2, del TUIR ribadendo il fatto che:

- "*... detta disposizione non pone alcuna distinzione o limitazione in ordine alla compagine societaria della società conferitaria, cosicché essa risulta pienamente applicabile anche ad operazioni di conferimento di partecipazioni attuate nell'ambito dei gruppi societari*";
- "*... non essendo stata espressa ... alcuna limitazione da parte del legislatore italiano, l'articolo 177, comma 2, del Tuir non autorizza alcuna interpretazione restrittiva o limitativa rispetto alla disposizione di fonte comunitaria*";
- "*... si tratta ... di questione di natura interpretativa, e non già di natura elusiva, per la quale non può risultare applicabile, sul punto, la disposizione dettata dall'articolo 37-bis del D.P.R. 29 settembre 1973 n. 600, diretta a contrastare manovre elusive*".

Accogliendo le critiche espresse dall'Assonime e dall'Associazione italiana Dottori Commercialisti l'Agenzia delle Entrate nella circolare 17 giugno 2010 n. 33/E, ha sconfessato l'orientamento espresso nella citata risoluzione n. 57/E/2007 e, in particolar modo, in virtù della matrice comunitaria e del carattere riorganizzativo della normativa relativa agli "scambi di partecipazione" ha riconosciuto la possibilità di applicare il regime a "realizzo controllato" previsto dall'articolo 177, comma 2, del TUIR, a prescindere dall'esistenza di rapporti partecipativi o di gruppo tra i soggetti conferenti e la società conferitaria, nonché la stessa dignità della disciplina prevista dall'articolo 177, comma 2, del TUIR con quella prevista dall'articolo 9 del TUIR.

---

<sup>56</sup>Nella quale è previsto che "*la circostanza che una stessa persona fisica, che era l'unico azionista ed amministratore delle società acquistate, divenga l'unico azionista ed amministratore della società acquirente non osta a che l'operazione di cui trattasi possa essere qualificata come fusione per scambio di azioni*" e che "*l'istituzione di una norma di portata generale che escluda automaticamente talune categorie di operazioni dall'agevolazione fiscale, sulla scorta di criteri come quelli menzionati ... e a prescindere dal sussistere di un'effettiva evasione o frode fiscale, eccederebbe quanto è necessario per evitare una tale frode o evasione fiscale, e pregiudicherebbe l'obiettivo perseguito dalla direttiva 434/90*".

Entrando nel dettaglio, al riguardo, è stato affermato che “... al ricorrere dai requisiti previsti, la disciplina recata dal comma 2 dell’articolo 177 del TUIR appare destinata tanto alle operazioni di scambio che attuino un’aggregazione di imprese tra soggetti terzi, quando alle operazioni realizzate all’interno dello stesso gruppo per modificare gli assetti di governance”. E ciò in considerazione del fatto che “con l’operazione di scambio di partecipazioni in questione, al pari delle altre operazioni di riorganizzazione aziendale, non si realizza alcun salto d’imposta e venga sempre rispettato il principio generale di simmetria tra le posizioni dei conferenti e quella della conferitaria, da un lato, e quello di continuità dei valori fiscalmente riconosciuti in capo ai soggetti coinvolti, dall’altro, anche nell’ipotesi in cui la società conferitaria incrementi il proprio patrimonio netto per un valore pari al costo fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni presso i soggetti conferenti” (in particolare, a quest’ultimo riguardo, è stata riconosciuta l’assenza di una particolare pericolosità fiscale in quest’ultima ipotesi, dal momento che “i soggetti conferenti, a fronte delle partecipazioni detenute nella società scambiata, trasferite mediante conferimento, ottengono partecipazioni della società conferitaria aventi il medesimo valore fiscale delle prime”). Perciò, “il regime disciplinato dal ... citato articolo 177 comma 2 è posto su un piano di pari dignità con la disciplina di cui all’art. 9 del TUIR rispetto alla quale trova applicazione alternativa, in presenza dei presupposti di legge”.

In virtù dei chiarimenti sopra illustrati quindi, deve considerarsi ormai pacifica la possibilità di utilizzare il regime di “realizzo controllato” previsto dall’articolo 177, comma 2, del TUIR alle operazioni di “scambio di partecipazione mediante conferimento”, senza che ciò venga considerato un aggiramento del principio di tassazione a “valore normale” previsto dall’articolo 9 del TUIR.

Queste conclusioni risultano, infatti, confermate anche dalla recente sentenza della Commissione Tributaria Provinciale di Milano del 10 ottobre 2011 n. 262 con la quale è stato precisato che le previsioni normative contenute nel comma 2 dell’articolo 177 del TUIR trovano applicazione sia con riferimento alle operazioni di scambio che danno luogo ad un’effettiva aggregazione di imprese sia alle operazioni di semplice riassetto organizzativo all’interno di uno stesso gruppo imprenditoriale.

4) La risoluzione dell’Agenzia delle Entrate 20 aprile 2012 n. 38/E

In questa risoluzione l’Agenzia delle Entrate ha chiarito la necessità di interpretare l’articolo 177, comma 2, del TUIR sulla base dello stesso criterio del c.d. “realizzo controllato” previsto dall’articolo 175 del Tuir stesso (riconoscendo quindi la possibilità di dedurre fiscalmente le eventuali minusvalenze da conferimento soltanto nel caso in cui il “valore normale” delle partecipazioni nella società “scambiata” dovesse essere inferiore al relativo valore fiscale).

L’Amministrazione Finanziaria ha specificato che:

- “la disciplina domestica ...non stabilisce un regime di neutralità fiscale per gli scambi di partecipazioni attuati mediante conferimento (a differenza di quelli attuati mediante permuta, disciplinati dal comma 1 del medesimo articolo 177 del Tuir), bensì considera questi come atti realizzativi, prevedendo un particolare criterio di determinazione del “valore di realizzo” in capo al soggetto conferente”; (conseguentemente) questa disciplina volta a realizzare le plusvalenze in regime “controllato” si pone come derogatoria al generale principio del valore normale sancito dall’articolo 9 del Tuir, mentre tale deroga non opera per le minusvalenze.

Secondo il parere dell’Amministrazione finanziaria questo diverso trattamento “trova la relativa spiegazione nella relazione illustrativa all’articolo 5 del D.Lgs. n. 358 del 1997 (trasfuso nell’attuale articolo 177 del Tuir), che così motiva l’impostazione prescelta con riferimento allo scambio attuato tramite conferimento: “Con il comma 2, vista la difficoltà di stabilire la continuità dei costi tra il conferente ed il conferitario, si è esteso agli scambi di azioni o quote il meccanismo di determinazione della plusvalenza basato sul valore iscritto dalla conferitaria. La plusvalenza per il soggetto conferente sarà conseguentemente determinata in base alla differenza tra tale valore e l’ultimo valore fiscalmente riconosciuto delle azioni o quote”. Invero, non essendovi un esplicito riferimento alla determinazione della minusvalenza in tal senso, né nella norma

*(in cui si fa riferimento alla “determinazione del reddito del conferente”), né, tantomeno, nella suddetta relazione illustrativa (nella quale viene meglio chiarito il concetto di “reddito”, già esistente nella precedente versione della norma, specificando che il meccanismo basato sulla differenza tra il “valore iscritto dalla conferitaria” e “l’ultimo valore fiscalmente riconosciuto delle azioni o quote” si applica unicamente per la “determinazione della plusvalenza” in capo al soggetto conferente), si evince che per essa la deroga non operi”.*

5) La risoluzione dell’Agenzia delle Entrate 4 aprile 2017 n. 43/E

Con questa risoluzione l’Agenzia delle Entrate ha fornito chiarimenti in merito all’ambito soggettivo di applicazione dell’operazione di scambio di partecipazioni mediante “conferimento” prevista dall’articolo 177, comma 2, del Tuir.

Nello specifico è stata analizzata la situazione di seguito descritta:

- Alfa, società holding al vertice del Gruppo Alfa residente in Italia, controlla al 100% due società Beta e Gamma:

- di diritto inglese;
- residenti in Inghilterra.

Alfa intende conferire Gamma nella società Beta, e quindi procedere alla fusione tra le due società.

Secondo il parere dell’Agenzia delle Entrate, dato che l’articolo 177, comma 2, del Tuir parla in modo generico di “società conferitaria” che acquisisce il controllo di una società ai sensi dell’articolo 2359, comma 1, n. 1), del Codice civile, ovvero incrementa, in virtù di un obbligo legale o di un vincolo statutario, la percentuale di controllo, per motivi di ordine logico sistematico sia la società acquirente/conferitaria, sia la società acquistata/scambiata, devono essere soggetti indicati dalla lettera a) nell’articolo 73 del Tuir, ossia società di capitali residenti in Italia. In questo senso, valgono le stesse condizioni di ordine soggettivo già richiamate dal comma 1 dell’articolo 177 del Tuir (inerente gli scambi di partecipazioni mediante “permuta”), nonostante il comma 2 del medesimo articolo non ne faccia assolutamente menzione.

Il regime del “realizzo controllato” disciplinato dal comma 2 dell’articolo 177 del Tuir non può, perciò, applicarsi in caso di conferimento di partecipazioni se il conferitario o la società conferita sono soggetti non residenti (come appunto nell’esempio analizzato dalla presente circolare), con conseguente applicazione dell’articolo 9 del Tuir, in base al quale il corrispettivo conseguito è costituito dal valore normale delle partecipazioni conferite.

Sulla base della posizione assunta dall’Agenzia, ne consegue che, anche nell’ipotesi di conferimento di partecipazioni di controllo in società di persone, il comma 2 dell’articolo 177 del Tuir non trova applicazione in quanto queste società (come i soggetti non residenti) sono escluse dalla disposizione prevista dal comma 1 dell’art. 177 del Tuir. Sul punto, si resta in attesa di un intervento chiarificatore da parte dell’Agenzia.

6) Risposta all’interpello n. 30 del 08 ottobre 2018 da parte dell’Agenzia Entrate

La conclusione a cui perviene l’Agenzia delle Entrate nella risposta all’interpello n.30 del 08 ottobre 2018 è che il conferimento in una newco di partecipazioni societarie possedute da quattro persone fisiche, ciascuna con una quota del 25%, effettuato in “regime fiscale di realizzo controllato” ex art.177 del TUIR, seguito poi dalla scissione non proporzionale della newco conferitaria in quattro società unipersonali ciascuna partecipata al 100% da uno degli “originari” soci persone fisiche integra gli estremi dell’abuso del diritto ex art.10 *bis* della L. 212/2000. E’ indubbio che la combinazione delle due operazioni (ovvero conferimento delle partecipazioni in newco e successiva scissione non proporzionale della newco) determina come risultato finale che i quattro soci persone fisiche, ciascuno con quote del 25% nella partecipata “BETA”, si ritrovano a possedere la medesima partecipazione che avevano prima in “BETA” per il tramite di una società “ALFA 1-4” di cui possiedono il 100%. Un obiettivo extrafiscale assolutamente legittimo, ma che può essere perseguito da ciascun socio procedendo direttamente al conferimento della propria partecipazione in “BETA” a favore di una autonoma e distinta newco conferitaria, piuttosto che procedendo tutti e quattro al conferimento nella stessa newco conferitaria che deve poi scindersi in quattro con modalità non



proporzionale, al fine di assegnare a ciascun socio persona fisica il 100% di una delle quattro beneficiarie newco con “in pancia” il 25% della partecipata “BETA”. La scelta di arrivare al medesimo assetto patrimoniale attraverso il più farraginoso passaggio del “conferimento comune e successiva scissione non proporzionale”, invece che mediante la più lineare e semplice effettuazione di quattro conferimenti singoli in altrettante newco unipersonali, risponde evidentemente alla volontà delle persone fisiche conferenti di poter fruire del c.d. “regime di realizzo controllato” disposto dall’art. 177 del TUIR, ai sensi del quale le “quote ricevute a seguito di conferimenti in società, mediante i quali la società conferitaria acquisisce il controllo di una società ai sensi dell’art. 2459, primo comma, n. 1, del codice civile, [...] sono valutate, ai fini della determinazione del reddito del conferente in base alla corrispondente quota delle voci di patrimonio netto formato dalla società per effetto del conferimento”.

Quattro conferimenti autonomi di partecipazioni al 25% a favore di altrettante conferitarie newco comporterebbero infatti l’emersione in capo ai conferenti persone fisiche di plusvalenze da conferimento calcolate avendo riguardo, ai sensi dell’art. 9 comma 5 del TUIR, al valore normale della partecipazione conferita.

Invece la decisione di effettuare i quattro conferimenti a favore di una medesima newco beneficiaria, che acquisisce in questo modo il controllo di diritto della partecipata conferita, consente ai conferenti persone fisiche di determinare la plusvalenza da conferimento avendo riguardo al valore contabile di conferimento, senza dunque far necessariamente emergere tutti i plusvalori latenti nella partecipata, con possibilità di realizzare una plusvalenza pari a zero ove tale valore e quello di carico coincidano.

Chiaro però che, nel momento in cui questa operazione viene seguita da una scissione non proporzionale, come sopra visto, ci si intende avvalere di una disposizione fiscale che vuole agevolare una determinata situazione di fatto (l’acquisizione del controllo sulla partecipata da parte di un’altra entità) giungendo però a un diverso approdo, per il quale il legislatore non ha previsto deroghe alla regola generale del “valore normale”.

Pare perciò corretta la risposta dell’Agenzia che qualifica lo schema operativo come elusivo (con conseguente possibilità di calcolare la plusvalenza realizzata dai soci persone fisiche sulla base del valore normale *ex art. 9 comma 5 del TUIR*) in ragione non già del risultato finale che determina (legittimo), ma della artificiosità di un percorso prescelto in luogo di quello naturale essenzialmente per ragioni di risparmio fiscale.

Quindi, anche alla luce di questo intervento dell’Agenzia delle Entrate, stante l’attuale quadro normativo, il contribuente può perseguire un legittimo risparmio d’imposta. Infatti non sono considerate abusive le operazioni giustificate da valide ragioni extrafiscali, non marginali, anche di ordine organizzativo o gestionale, che rispondono a finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell’impresa ovvero dell’attività professionale del contribuente ed inoltre resta ferma la libertà di scelta del contribuente tra regimi opzionali diversi offerti dalla legge e tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale<sup>57</sup>.

Si sconfina invece nell’abuso del diritto quando il risparmio d’imposta è ottenuto tramite “operazioni circolari”, quindi tramite operazioni in cui la sequenza negoziale si componga di atti o di negozi i cui effetti sono destinati ad elidersi in modo da lasciare sostanzialmente immutato l’assetto originario. Mentre si rientra nella fattispecie dell’evasione qualora il contribuente ottenga un risparmio di imposta mediante operazioni che prevedano simulazioni “oggettive” o “soggettive” poste in essere con la volontà di non realizzarle ovvero riconducibili a soggetti fittiziamente interposti (cosiddetta “interposizione fittizia”), oppure attraverso operazioni attuate con “mezzi fraudolenti” tramite condotte artificiose realizzate violando la normativa fiscale.

---

<sup>57</sup> Vedasi Statuto del contribuente, art. 10 *bis*

## **2.5. CESSIONE INTERI PACCHETTI SOCIALI E ABUSO DEL DIRITTO. (Bruno Lucarini – Laura Valoriani – Sabrina Duchi – Sara Duchi)**

Sono due le principali possibilità che riguardano le operazioni che consentono la circolazione di interi patrimoni aziendali:

- la cessione di partecipazioni,
- la cessione di azienda o di un suo ramo;

la scelta dell'una o dell'altra possibilità, porta con sé conseguenze sia da un punto di vista legale che dal punto di vista del risparmio fiscale.

Con la cessione di partecipazioni, si ha una circolazione per così dire “indiretta” del patrimonio aziendale, in quanto ad essere trasferita non è direttamente la proprietà del patrimonio aziendale, ma tutte le partecipazioni o una percentuale di esse della società che detiene tale patrimonio; con il passaggio della titolarità delle quote/azioni restano invariati i rapporti attivi e passivi della società target, così come gli eventuali profili di responsabilità della stessa legati alla precedente gestione, dei quali l'acquirente dovrà farsi carico.

La cessione di azienda o di un suo ramo, invece, consiste nel trasferimento da un soggetto giuridico a un altro di un insieme di beni organizzati per l'esercizio dell'impresa (ad es.: immobili, macchinari, dipendenti, know how, rapporti contrattuali e debiti e crediti etc.), la quale prevede la possibilità, per l'acquirente, di scegliere d'accordo con il cedente, quali elementi dell'azienda includere e quali escludere dall'azienda trasferita (ad esempio, sarà quindi possibile escludere l'immobile ovvero i debiti o i crediti relativi all'azienda); questa possibilità di “scegliere”, consente all'acquirente di mettersi al riparo da eventuali rischi legati alla precedente gestione dell'attività ceduta.

Sia la cessione d'azienda sia la cessione di partecipazioni, in merito gli aspetti fiscali, sono sottoposte a tassazione diretta e indiretta.

In caso di cessione di azienda, la tassazione diretta colpisce la plusvalenza ottenuta dal cedente, ovvero la differenza tra il prezzo di vendita e il costo fiscalmente riconosciuto dell'azienda o ramo d'azienda. Per la quantificazione della tassazione occorre distinguere tra il caso in cui il cedente è una società di capitali, da quello in cui il cedente è una società di persone, con persone fisiche come soci, o un imprenditore individuale. Nel primo caso, la plusvalenza è soggetta a IRES (con applicazione dell'aliquota del 24%), nel secondo alla normale tassazione come reddito d'impresa IRPEF. Sono poi previsti, in casi particolari, regimi di tassazione agevolata.

Quanto alle imposte indirette gravanti sull'acquirente, occorre premettere che la cessione di un'azienda o ramo d'azienda non rientra nel campo di applicazione dell'IVA. Una cessione di azienda o di ramo d'azienda è sottoposta a imposta di registro proporzionale al valore e alla natura dei beni e, ove siano trasferiti anche immobili, anche all'imposta ipotecaria pari al 2% del valore dell'immobile e catastale pari all'1% di tale valore.

È, infine, opportuno tenere presente che il cessionario è responsabile in solido con il cedente, salvo il beneficio della preventiva escussione di quest'ultimo ed entro i limiti del valore dell'azienda, per il pagamento dell'imposta e delle sanzioni riferibili alle violazioni commesse nell'anno in cui è avvenuta la cessione e nei due anni precedenti, nonché per quelle già irrogate e contestate nel medesimo periodo anche se riferite a violazioni commesse in epoche anteriori. Tale responsabilità è limitabile attraverso apposita certificazione delle pendenze relative all'azienda o ramo d'azienda. Tale limitazione non è però valida nei casi di frode tributaria. Dal punto di vista del cessionario, invece, occorre rilevare che vi è generalmente un vantaggio fiscale dato dalla possibilità di ammortizzare, con un valore superiore al valore di libro del cedente, i beni oggetto della cessione.

Anche la cessione di partecipazioni è oggetto di tassazione tanto diretta quanto indiretta. In questo caso, la plusvalenza sulla quale saranno applicate le imposte dirette consiste nella differenza tra il prezzo di vendita e il costo fiscalmente riconosciuto della partecipazione. Quanto alle società, occorre distinguere tra società di persone, in relazione alle quali viene tassato il 49,72% della plusvalenza, e società di capitali, in relazione

alle quali il regime è diverso, a seconda che esse rientrino nel regime dell'esenzione fiscale delle plusvalenze – la c.d. participation exemption (PEX), cioè l'esenzione da tassazione, in presenza di specifiche condizioni, del 95% delle plusvalenze realizzate dalla cessione delle azioni/quote di partecipazione – o meno. Nel primo caso, solo il 5% della plusvalenza viene tassato ai fini IRES (con applicazione dell'aliquota del 24%), nel secondo viene invece tassata ai fini IRES tutta la plusvalenza. Quanto alle persone fisiche detentrici delle partecipazioni, occorre distinguere se queste abbiano o meno una partecipazione qualificata, cioè superiore al 25% del capitale o al 20% dei diritti di voto (in caso di azioni negoziate in mercati regolamentati, le percentuali si riducono rispettivamente al 5% e al 2%). Nel caso di una partecipazione qualificata, viene tassato il 49,72% della plusvalenza. Qualora si tratti, invece, di una partecipazione non qualificata si applica sulla plusvalenza una ritenuta d'imposta del 20%. Sarà, inoltre, dovuta un'imposta di registro in misura fissa pari a Euro 200,00 a titolo di imposte indirette.<sup>58</sup>.

### 2.5.1 ABUSO DEL DIRITTO<sup>59</sup>

Particolare attenzione da parte della Corte suprema, il caso di trasferimento contemporaneo da parte di due soci, a un medesimo soggetto, delle partecipazioni rappresentanti l'intera compagine sociale (cessione contestuale di quote che rappresenta una cessione d'azienda).

La quinta sezione della Corte di cassazione, con la sentenza n. 11877 del 12 maggio 2017, è tornata a pronunciarsi sulla “*vexata quaestio*” della natura e dell'ambito applicativo della disposizione recata dall'articolo 20 del Testo unico in materia di imposta di registro, effettuando un'ampia ricognizione degli orientamenti espressi dalla giurisprudenza di legittimità sul tema e delineandone la differenza rispetto alla figura dell'abuso del diritto nonché della simulazione.

Nella specie, la sentenza in commento ha esaminato una ipotesi di cessione contestuale da parte di due soci – a un medesimo soggetto – delle quote rappresentanti l'intera compagine sociale, riqualficata quale cessione dell'azienda.

Nel novembre 2008, due soci – rappresentanti l'intera compagine sociale della società Alfa – cedevano con negozi contestuali le rispettive quote di partecipazione nella Alfa ad altra società Beta al valore nominale; gli atti venivano assoggettati a imposta di registro in misura fissa in applicazione del disposto dell'articolo 11 della Tariffa, parte I, allegata al Dpr 131/1986.

Il contenzioso trae origine dall'impugnazione dell'atto impositivo con il quale l'ufficio ha recuperato – in applicazione dell'articolo 20 del medesimo Dpr 131 – l'imposta di registro proporzionale in relazione alla cessione di quote sociali, ritenendo i negozi contestualmente posti in essere dai soci della Alfa espressione di un fenomeno giuridico unitario, tendente ad attuare l'effetto della cessione del compendio aziendale alla società Beta.

Con il medesimo atto, l'ufficio ha anche rideterminato il valore del complesso ceduto.

I giudici sono arrivati alle seguenti conclusioni.

La Ctp di Pavia ha accolto il ricorso limitatamente alle sanzioni, ritenendo la violazione determinata da obiettive condizioni di incertezza, mentre ha ritenuto legittimo il recupero operato dall'ufficio poiché – dovendosi dare rilievo preminente alla causa reale e alla regolazione degli interessi perseguiti – la parte “*non è stata in grado di dimostrare che il reale intento ricercato con il negozio giuridico fosse differente dalla cessione d'azienda*”.

La decisione è stata riformata dalla Ctr di Milano, la quale, in accoglimento dell'appello dei contribuenti, con sentenza del 27 settembre 2012, ha annullato l'atto impositivo con la motivazione che “*la parte non ha messo in atto un'operazione elusiva, ma solo la vendita di quote sociali*”, mentre l'imprenditore deve essere autonomo nelle proprie selezioni economiche “*senza elementi di criticità e di censura o di stravolgimento*”.

---

<sup>58</sup>Diritto24 – M&A acquisizioni e fusioni, di C.Stanzione, R.&camp

<sup>59</sup>Fiscooggi, Letizia Berti, 31/5/2017

*totale che, purtroppo, portano ad interpretare in modo diverso, e quindi sbagliato, il negozio giuridico compiuto dallo stesso”.*

Nel caso di specie, infatti, secondo la Ctr *“non si è in presenza di elusione d’imposta, così come sostenuto dall’ufficio, in quanto parte ricorrente non ha raggirato norme fiscali, pertanto le complessive imposte da versare devono essere la diretta conseguenza della lettura dell’atto stesso”*, anche alla luce della natura dell’imposta di registro come imposta d’atto.

A seguito di impugnazione dell’Amministrazione finanziaria, con la sentenza 11877/2017, la Corte suprema è giunta a cassare la sentenza della Ctr di Milano<sup>60</sup> operando un’ampia ricostruzione degli orientamenti espressi sulla natura e sull’ambito applicativo della disposizione recata dall’articolo 20 del Dpr 131/1986, ai sensi del quale *“L’imposta è applicata secondo la intrinseca natura e gli effetti giuridici degli atti presentati alla registrazione, anche se non vi corrisponda il titolo o la forma apparente”*.

Si tratta di questioni che la giurisprudenza si è trovata più volte ad affrontare, su cui si registra sovente una diversità tra le posizioni espresse dai giudici del merito e quelle espresse dalla Corte di cassazione.

Nella sentenza in commento, la V sezione evidenzia, in primo luogo, che il giudice di merito non ha colto il profilo giuridico rilevante nella causa *“giacché esso non è attinente a una supposta elusione dell’istituto contrattuale che regola la circolazione della proprietà dell’azienda, ma dell’imposta”*, laddove, invece, la Ctr ha ritenuto priva di logica dimostrazione la definizione dell’operazione – ai fini dell’imposta di registro – come elusiva dell’istituto contrattuale del trasferimento d’azienda.

Ciò premesso, la Corte suprema ha ribadito che costituisce orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità quello che esclude che l’articolo 20 del Dpr 131/1986 sia norma *“predisposta al recupero di imposte «eluse»”*, poiché l’abuso del diritto *“presuppone una mancanza di «causa economica» che non è viceversa prevista per l’applicazione dell’art. 20 citato, disposizione la quale semplicemente impone, ai fini della determinazione dell’imposta di registro, di qualificare l’atto o il collegamento di più atti in ragione del loro intrinseca portata, cioè in ragione degli effetti oggettivamente raggiunti dal negozio o dal collegamento negoziale come può appunto avvenire con la cessione delle quote della società, atti che se funzionalmente e cronologicamente «collegati» potrebbero essere senz’altro idonei a realizzare «oggettivamente» gli effetti della vendita e cioè il trasferimento di cose dietro corrispettivo del pagamento del prezzo (Cass. n. 3562/2017)<sup>61</sup>*

Secondo il collegio giudicante, la fattispecie regolata dall’articolo 20 citato, inoltre, *“nemmeno ha a che fare con l’istituto della simulazione, atteso che la riqualificazione in parola avviene anche se le parti hanno realmente voluto quel negozio o quel dato collegamento negoziale, e ciò perché quel che conta sono gli effetti oggettivamente prodottisi (ex multis, Cass. n. 9582/2016; n. 10211/2016; n. 9573/2016; n.*

*18454/2016; n. 2050/2017)”<sup>62</sup>* L’articolo 20 del Tuir, invero, deve essere letto nel senso che occorre dare prevalenza alla natura intrinseca degli atti registrati e dei loro effetti giuridici rispetto al titolo e alla loro forma apparente; in particolare, l’interprete è vincolato a privilegiare, nell’individuazione della struttura del rapporto giuridico tributario, la sostanza sulla forma e, quindi, il dato giuridico reale conseguente alla natura intrinseca degli atti e ai loro effetti giuridici *“rispetto a ciò che formalmente è enunciato, anche*

<sup>60</sup>La Corte ha affermato che *“il Giudice di appello, sull’erronea premessa di una considerazione esclusivamente atomistica delle cessioni delle quote di partecipazione alla società, ha trascurato l’efficacia interpretativa e probatoria di tutti gli elementi fattuali dedotti dall’Agenzia delle Entrate a fondamento della causa unitaria di cessione aziendale”*

<sup>61</sup>*cfr in termini, Cassazione, 9582/2016, nella quale si afferma che “l’art. 20 D.P.R. 131 cit. non è disposizione che dal legislatore sia stata predisposta al recupero di imposte «eluse», questo perché l’istituto dell’«abuso del diritto» d’imposte in attualità disciplinato dalla L. 27 luglio 2000, n. 212, art. 10 bis presuppone una mancanza di «causa economica» che non è invece prevista per l’applicazione dell’art. 20 D.P.R. n. 131 cit.”. Si tratta, invece, secondo la Corte, di norma che “... semplicemente impone, ai fini della determinazione dell’imposta di registro, di qualificare l’atto o il «collegamento» negoziale in ragione del loro «intrinseco». E cioè in ragione degli effetti «oggettivamente» raggiunti dal negozio o dal «collegamento» negoziale, come per es. può avvenire con il conferimento di beni in una Società e la cessione di quote della stessa che se «collegati» potrebbero essere senz’altro idonei a realizzare «oggettivamente» gli effetti della vendita e cioè il trasferimento di cose dietro corrispettivo del pagamento del prezzo”. In tal senso, anche sentenza 6758/2017..*

<sup>62</sup>*cfr articolo 1414 cc, secondo cui “Il contratto simulato non produce effetto tra le parti. Se le parti hanno voluto concludere un contratto diverso da quello apparente, ha effetto tra esse il contratto dissimulato, purché ne sussistano i requisiti di sostanza e di forma”. Secondo la disciplina del codice civile, la simulazione si caratterizza per la divergenza tra le dichiarazioni delle parti e l’interno volere.)*

*frazionatamente, in uno o più atti, con la conseguenza di dover riferire l'imposizione al risultato di un comportamento nella sostanza unitario, rispetto ai risultati parziali e strumentali di una molteplicità di comportamenti formali, atomisticamente considerati (Cass. n. 10216/2016; n. 1955/2015; n. 14150/2013; n. 6835/2013)*<sup>63</sup>.

Tale lettura, secondo la Corte suprema, è frutto della evoluzione normativa che ha caratterizzato la prestazione patrimoniale tributaria di registro da regime di tassa “*avente come oggetto l'atto inteso nella sua forma documentale, e come contenuto una determinata quantità di denaro da riscuotere in corrispettivo del servizio di registrazione*”, a quello dell'imposta “*avente come oggetto la manifestazione di capacità contributiva correlabile a una ben dimostrata forza economica*”.

Pertanto, anche se l'oggetto dell'imposta di registro “*per quanto genericamente e formalmente individuata nel riferimento dell'art. 1, agli atti soggetti a registrazione o volontariamente presentati per la registrazione, nella sostanza, è costituito dagli effetti giuridici di tali atti, ma l'imposta si collega all'atto come negozio e non all'atto come documento (Cass. n. 3481/2014)*”, non ostando a tale conclusione la diversità dei criteri interpretativi utilizzabili ai fini tributari, rispetto a quelli civilistici<sup>64</sup>.

In tale quadro, la Corte di cassazione giunge, quindi, a ritenere priva di rilievo la ricerca delle ragioni economiche giustificatrici dell'operazione in quanto, una volta riconosciuto, alla luce dei principi innanzi enunciati, che ci si trova di fronte a un caso di cessione d'azienda (o di ramo d'azienda), non è richiesta alcuna valutazione sull'esistenza o meno di tali ragioni.

Per le motivazioni illustrate, la V sezione, da ultimo, fa espresso richiamo alla precedente pronuncia 2054/2017, di diverso tenore<sup>65</sup>, ritenendo di disattenderla in quanto propone una lettura dell'articolo 20, più volte richiamato, che “*mal si concilia con il principio costituzionale della capacità contributiva ed ignora la ricordata evoluzione della prestazione patrimoniale tributaria dal regime della tassa a quello dell'imposta*”<sup>66</sup>.

## **2.5.2 LA CONTESTAZIONE DELL'ELUSIONE NEL TRIBUTO DI REGISTRO E NELLE IMPOSTE IPO-CATASTALI ED IL RUOLO DELL'ART.20 TUIR.**

Se, come detto, una delle finalità che ha portato il legislatore delegato alla introduzione della “disciplina dell'abuso del diritto o elusione fiscale”, è quella della certezza giuridica, occorre porsi il problema del rapporto tra art. 10-bis e art. 20 Testo Unico del Registro. Ci si riferisce, in particolare, al tema della configurabilità di fattispecie di abuso/elusione fiscale nei tributi sui trasferimenti (imposta di registro,

---

<sup>63</sup> cfr Cassazione, 3562/2017, che ha ribadito che “*l'incorporazione in un solo documento di più dichiarazioni negoziali, produttive di effetti giuridici distinti e l'incorporazione in documenti diversi di dichiarazioni negoziali miranti a realizzare, attraverso effetti giuridici parziali, un unico effetto giuridico finale traslativo, costitutivo o dichiarativo costituiscono tecniche operative alternative per i contribuenti, che si trovano, però, dinanzi ad una sola e costante qualificazione giuridica formulata dal legislatore tributario: la sottoposizione ad imposta di registro del loro atto o dei loro atti in base alla natura dell'effetto giuridico finale dei loro comportamenti, semplici o complessi che essi siano*”.

<sup>64</sup> Poiché in applicazione dell'articolo 20, Dpr 131/1986, va sempre attribuita preminenza alla causa reale dell'operazione economica rispetto alle forme negoziali utilizzate dalle parti “*ai fini della individuazione del corretto trattamento fiscale, è possibile valutare, ai sensi dell'art. 1362 c.c., comma 2, circostanze ed elementi di fatto diversi da quelli emergenti dal tenore letterale delle previsioni contrattuali*” (Cass. n. 6405/2014), di guisa che «*gli stessi concetti privatistici sull'autonomia negoziale regrediscono a semplici elementi della fattispecie tributaria*» (Cass. n. 19752/2013; n. 10660/2003; n. 14900/2001). In termini, recentemente, sentenza 3481/2014 e ordinanza 24594/2015.

<sup>65</sup> Che ha ritenuto non superabile, attraverso una attività di riqualificazione da parte dell'ufficio, lo schema negoziale tipico in cui l'atto presentato alla registrazione risulti inquadabile; in mancanza di prova, a carico dell'amministrazione finanziaria, del disegno elusivo, ricorre piuttosto una ipotesi di libera scelta di un tipo negoziale invece di un altro)

<sup>66</sup> In particolare, secondo la V sezione, “*la ricordata sentenza (n. 2054/2017) non considera la molteplicità delle forme in cui l'autonomia contrattuale prevista dall'art. 1322 c.c., può potenzialmente esprimersi, né tantomeno dà il giusto spazio, nella individuazione della materia imponibile, alla c.d. “causa concreta” del contratto, ovvero lo scopo pratico del negozio inteso, al di là del modello astratto utilizzato, come funzione individuale della singola e specifica negoziazione, questione che non può essere sbrigativamente superata richiamando la intangibilità dello schema negoziale tipico (v. per tutte, Cass. n. 10490/2006), e neppure al fenomeno del collegamento negoziale, «meccanismo attraverso il quale le parti perseguono un risultato economico complesso, che viene realizzato, non attraverso un autonomo e nuovo contratto, ma attraverso una pluralità coordinata di contratti, i quali conservano una loro causa autonoma, anche se ciascuno è concepito, funzionalmente e teleologicamente, come collegato con gli altri, cosicché le vicende che investono un contratto possono ripercuotersi sull'altro. Ciò che vuoi dire che, pur conservando una loro causa autonoma, i diversi contratti legati dal loro collegamento funzionale sono finalizzati ad un unico regolamento dei reciproci interessi*» (Cass. n. 12454/2012)”



imposte ipotecarie e catastali), da cui dipende la risoluzione di concrete problematiche particolarmente rilevanti, oltre che, più in generale, la fissazione dei confini applicativi dell'art. 10-bis.

In termini operativi, le fattispecie più frequenti sono note ed alcune di queste sono state ricordate anche da Assonime nella circolare n. 21 del 4/8/2016.

In primo luogo, si tratta delle ipotesi in cui la circolazione dell'azienda avvenga non attraverso un atto di alienazione, bensì per il tramite della cessione delle partecipazioni della società in cui gli asset sono stati precedentemente conferiti. L'operazione può avere diverse varianti (per esempio, si può trattare di una società preesistente o di una newco; di azienda o ramo di azienda), anche in grado di incidere sulla possibile valutazione di elusività della stessa (si pensi all'elemento temporale, ossia alla scansione nel tempo del conferimento prima e della cessione poi).

In secondo luogo, si devono considerare i casi in cui siano conferiti in società immobili gravati da passività derivanti da finanziamenti contratti prima del conferimento medesimo e che non abbiano una reale inerenza con il bene stesso (si pensi al mutuo contratto per scopi personali, garantito da immobile che poi è conferito in società, che si accolla il mutuo medesimo). In terzo luogo, vi sono le "sistemazioni patrimoniali" tra privati, soprattutto quelle in ambito familiare, attraverso cui si precostituiscono le condizioni per godere di determinati regimi speciali o agevolativi (si pensi alla estromissione di un immobile dal regime di comunione per consentire all'altro coniuge l'acquisto di un nuovo immobile beneficiando delle agevolazioni "prima casa").

Le tre tipologie di fattispecie testé menzionate presentano il tratto comune di garantire al contribuente un vantaggio fiscale, ossia una minore tassazione, attraverso l'utilizzo di uno strumento negoziale che è prescelto in vista di tale risultato. Attraverso il conferimento di azienda con successiva cessione delle partecipazioni si determina una imposizione fissa di registro ed ipocatastale, in luogo di quella proporzionale derivante dalla cessione diretta del complesso aziendale.

Attraverso il conferimento dell'immobile gravato da mutuo si abbatte l'imponibile ai fini della tassazione proporzionale. Attraverso la sistemazione familiare del patrimonio immobiliare si raggiunge il fine di realizzare le condizioni per beneficiare delle agevolazioni fiscali, che altrimenti non sarebbero applicabili.

Proprio considerando il vantaggio fiscale raggiunto, in casi come questi l'Amministrazione finanziaria ha in passato contestato l'elusione fiscale, ai fini dei tributi sui trasferimenti, per riqualificare fiscalmente le operazioni poste in essere (come vendita di azienda o di immobile) o per disconoscere l'accesso ai regimi agevolativi.

Nella prassi degli Uffici, tale contestazione si fondava sull'art. 20 Dpr 131/1986 (TUR), che dispone che "l'imposta è applicata secondo l'intrinseca natura e gli effetti giuridici degli atti presentati alla registrazione, anche se non vi corrisponda il titolo o la forma apparente". In particolare, ad avviso della dell'Agenzia delle Entrate e di buona parte della giurisprudenza di legittimità, tale disposizione avrebbe consentito di applicare l'imposta in base alla "sostanza economica" degli atti.

Secondo tale impostazione, l'art 20 TUR avrebbe una natura di tipo antielusivo perché condurrebbe a riqualificare, ai soli fini fiscali, gli atti negoziali dei contribuenti, indipendentemente da una valutazione di efficacia o invalidità degli stessi<sup>67</sup>.

L'entrata in vigore dell'art. 10-bis ha però messo in crisi simile lettura, perché oggi ogni contestazione di tipo elusivo/abusivo da parte dell'Amministrazione finanziaria deve necessariamente passare da tale articolo. Non solo, ma il D.lgs. n. 128/2015 ha contestualmente abrogato l'art. 37-bis Dpr 600/73, specificando che le disposizioni normative che ancora richiamano tale articolo si devono intendere riferite all'art. 10-bis dello Statuto.

In buona sostanza, è possibile affermare che, nel sistema attuale:

---

<sup>67</sup> Corte Cassazione, sentenza n. 10660 del 7/7/2003; ID., sentenza n. 2713 del 25/2/2002

- a) l'unica clausola generale antielusiva dell'ordinamento tributario è quella contenuta nell'art. 10- bis dello Statuto;
- b) la contestazione dell'abuso o dell'elusione deve avvenire esclusivamente attraverso il procedimento e alle condizioni previste da tale ultima norma;
- c) nessun'altra disposizione vigente può avere carattere di norma generale antielusiva, compreso l'art. 20 TUR.

Se si accettano, come peraltro fatto dalla unanime dottrina, questi corollari discendenti della introduzione dell'art. 10-bis Statuto, non può che giungersi ad una conclusione: che l'art. 20 TUR "ritorna" ad essere una norma sulla interpretazione degli atti negoziali, che impone all'ufficio di valutare i (complessivi) effetti giuridici dell'atto, ma non, invece, la sostanza economica<sup>68</sup>.

L'Ufficio deve quindi cercare di ricostruire l'assetto di interessi risultante dall'atto portato alla registrazione, ma attenendosi agli ordinari canoni interpretativi, che fanno riferimento alla volontà espressa dalle parti ed alle conseguenze giuridiche da queste realmente perseguite<sup>69</sup>.

In questa prospettiva, nei casi sopra esaminati, l'art. 20 TUR non potrebbe essere utilizzato per una ripresa fiscale, perché le parti realmente vogliono e perseguono gli effetti del conferimento di azienda con successiva cessione delle partecipazioni o del conferimento dell'immobile gravato dal mutuo o della sistemazione patrimoniale in ambito familiare.

Il che però non determina un buco nell'ordinamento ed una lesione dell'interesse fiscale, visto che gli Uffici, per contestare l'abuso del diritto nei tributi sui trasferimenti, avrebbero comunque a disposizione l'art- 10-bis, Statuto, norma che si applica a tutto l'ordinamento tributario e dunque anche alle imposte di registro, ipotecaria e catastale.

## **2.6. PATENT BOX E ABUSO DEL DIRITTO. (Bruno Lucarini – Laura Valoriani – Sabrina Duchi – Sara Duchi)** Nuova normativa

### **2.6.1 COSA È IL PATENT BOX E CHI PUÒ USUFRUIRNE**

La disciplina del Patent box è stata introdotta con la legge di Stabilità 2015<sup>70</sup> e ne è stata data attuazione mediante il D.M. 30.7.2015 e modificata con il D.M. del 28.11.2017.

Si prevede che venga riconosciuto a tutte le imprese che investono in attività di ricerca e sviluppo con l'obiettivo della produzione, sviluppo e mantenimento di beni immateriali un credito d'imposta dato dalla detassazione dei redditi derivanti dallo sfruttamento di detti beni.

L'agevolazione è riconosciuta a tutti i soggetti titolari di reddito d'impresa a prescindere dalla forma giuridica (imprenditori individuali, società di capitali (S.p.a., S.a.p.a., S.r.l.), società di persone (S.n.c., S.a.s), società cooperative, società di mutua assicurazione, enti pubblici e privati che esercitano attività commerciali...), dalle dimensioni e dal regime contabile adottato; comprese le stabili organizzazioni nel territorio dello Stato di soggetti residenti in Paesi con i quali sia in vigore un accordo per evitare la doppia imposizione e con i quali vi sia un effettivo scambio di informazioni. Sono escluse invece le società fallite, in liquidazione coatta, e le società assoggettate alla procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, oltre che i lavoratori autonomi ed i soggetti che determinano il reddito secondo criteri forfettari.

---

<sup>68</sup> Questa peraltro è l'impostazione tradizionale e tuttora prevalente della dottrina: DE MITA, Diritto tributario e diritto civile: profili costituzionali, in Riv.dir.trib., 1995, 154; UCKMAR-DOMINICI, Registro (imposta di), in Dig.disc.priv.sez.comm., XII, Torino, 1999, 260 ss.; MELIS, L'interpretazione nel diritto tributario, Padova, 2003, 293; CIPOLLINA, La legge civile e la legge fiscale, Padova, 1992, 118 ss.

<sup>69</sup> Si può discutere se gli Uffici siano limitati in questa attività ai soli elementi risultanti dall'atto oppure se possano fare riferimento ad elementi "extratestuali", anche valorizzando il collegamento negoziale con altri atti. L'impostazione della dottrina è tendenzialmente negativa, si veda Studio del Consiglio Nazionale del Notariato, n. 95/2003/T, Imposta di registro - elusione fiscale, interpretazione e riqualificazione degli atti, estensore PETRELLI, in [www.notariato.it](http://www.notariato.it) (sezione Studi).

<sup>70</sup> Legge 23.12.2014 n.190, art. 1 commi da 37 a 45

I soggetti beneficiari devono mantenere l'opzione per 5 anni d'imposta e per poterne fruirne devono comunicarlo all'Agenzia delle Entrate mediante la dichiarazione dei redditi relativa al primo periodo d'imposta per il quale si intende optare per la stessa. Una volta accettata è irrevocabile e rinnovabile.

La tassazione agevolata è applicabile ai redditi derivanti dall'utilizzo di:

- Software protetto da copyright
- Disegni e modelli, giuridicamente tutelabili
- Processi, formule e informazioni relativi ad esperienze acquisite nel campo industriale, commerciale o scientifico giuridicamente tutelabili
- Brevetti industriali
- Brevetti per invenzione
- Brevetti per invenzione biotecnologiche e annessi certificati complementari di protezione
- Brevetti per modello di unità
- Brevetti e certificati per varietà vegetali
- Topografie di prodotti a semiconduttori

È agevolabile anche in reddito derivante dallo sfruttamento di due o più delle suddette categorie, collegate tra loro da un vincolo di complementarietà ai fini della realizzazione di un prodotto o di una famiglia di prodotti o di un processo o di un gruppo di processi.

Per allineare la disciplina del patent box alle linee guida OCSE con il D.M. 28.11.2017 è stato eliminato lo sfruttamento dei marchi d'impresa (registrati o in fase di registrazione) per le domande presentate dopo il 31.12.2016. Il provvedimento chiarisce che le opzioni esercitate per i due periodi d'imposta successivi al 31.12.2014 (2015 e 2016, per i soggetti con esercizio coincidente con l'anno solare) aventi per oggetto i marchi d'impresa restano in vigore per cinque periodi d'imposta, con una valenza che non può, tuttavia, andare oltre il 30 giugno 2021.

Per ricerca e sviluppo con l'obiettivo della produzione, sviluppo e mantenimento di beni immateriali si intendono:

- la ricerca applicata
- la ricerca fondamentale
- il design
- l'idealizzazione e la realizzazione di software, le ricerche preventive, i test e le ricerche di mercato finalizzati anche all'adozione di sistemi di contraffazione, il deposito e l'ottenimento dei relativi diritti e il rinnovo degli stessi
- le attività di presentazione, comunicazione e promozione che contribuiscano alla conoscenza, affermazione commerciale e di immagine dei prodotti o dei servizi, del design o degli altri materiali proteggibili.

Il reddito agevolabile dipende delle modalità di utilizzo del bene immateriale: diretto o indiretto. In questo secondo caso si fa riferimento alla concessione in uso a terzi del bene immateriale, il cui reddito agevolabile per ciascun esercizio è dato dalla differenza fra i canoni percepiti e i costi ad essi connessi di competenza dell'esercizio. L'utilizzo diretto, invece, si riferisce allo sfruttamento del bene immateriale da parte del soggetto economico che lo detiene. In questo caso la norma richiede di misurare il contributo economico di ciascuno di beni immateriali simulando il beneficio che il soggetto economico otterrebbe se desse in concessione il bene.

### 2.6.2 IL CALCOLO DELL'AGEVOLAZIONE

Per calcolare l'agevolazione come prima cosa si deve determinare il reddito derivante dallo sfruttamento dell'intangible asset oggetto dell'agevolazione.

Nel caso di utilizzo indiretto il reddito agevolabile, come già detto, sarà costituito dai canoni percepiti scomputati dei costi fiscalmente rilevanti diretti e indiretti connessi al bene.

Nel caso di utilizzo diretto ci sono due metodi consigliati dall'Agenzia delle Entrate<sup>71</sup>:

- Metodo del CUP
- Metodo del Residual Profit split

L'applicazione del metodo CUP (Comparable Uncontrolled Price) consiste nell'assumere come valore dell'intangibile il prezzo di un bene simile che viene trasferito tra imprese indipendenti in circostanze comparabili, che nel caso del Patent box, in cui l'obiettivo è determinare le royalty derivanti dalla concessione della licenza d'uso di un bene immateriale, l'applicazione di tale metodo consiste nella determinazione delle royalty di libero mercato relative alla concessione della licenza d'uso di beni simili, in circostanze comparabili. Una volta individuate transazioni tra imprese indipendenti che risultano comparabili, il reddito potrà essere identificato con il valor medio delle royalties delle medesime transazioni. Per la ricerca delle transazioni comparabili si possono considerare sia le eventuali transazioni che avvengono tra l'impresa stessa e società terze indipendenti (CUP interno), sia transazioni tra imprese indipendenti nessuna delle quali coincide con l'impresa stessa (CUP esterno). La componente positiva del reddito, anno per anno, risulta essere uguale al tasso di royalty moltiplicato per i ricavi di vendita dei prodotti che "incorporano" quel particolare bene immateriale. Per quanto riguarda la componente negativa del reddito, essa è data, anno per anno, dai costi fiscalmente rilevanti, diretti e indiretti, di ricerca e sviluppo che vengono sostenuti dall'impresa per la creazione, il mantenimento e lo sviluppo di quel particolare bene immateriale.

Il metodo del Profit split, come indica il nome stesso, stabilisce come ripartire tra diverse imprese che appartengono allo stesso gruppo il profitto<sup>72</sup> che esse concorrono a generare in modo congiunto. Consideriamo, ad esempio, il caso di un'impresa che produce un componente e lo vende ad una collegata, la quale produce un secondo componente, assembla i due componenti e vende il prodotto finito sul mercato. In questa situazione, al fine di determinare un prezzo di libero mercato per la vendita del primo componente alla seconda impresa, bisogna prima di tutto considerare il profitto globale derivante dalla vendita del prodotto finito e successivamente determinare come suddividerlo tra le due imprese. Il metodo del Profit split richiede che questa suddivisione venga fatta in modo da approssimare la ripartizione che sarebbe stata concordata tra imprese indipendenti (cioè non appartenenti allo stesso gruppo). Nel caso non si riesca a determinare la ripartizione per confronto diretto con transazioni comparabili tra imprese indipendenti, il metodo prescrive di suddividere il profitto globale sulla base di un'analisi funzionale delle due imprese, facendo un'analisi che prenda in considerazione le funzioni svolte, i beni utilizzati ed i rischi sostenuti da ciascuna impresa al fine dell'ottenimento del reddito globale. Per l'applicazione di questo metodo è quindi importante fare un'accurata analisi che identifichi le funzioni routinarie svolte dall'impresa, così da consentire la selezione di imprese comparabili. Successivamente occorre quantificare, ed eliminare, le quote di reddito attribuibili ad eventuali altri fattori che concorrono alla formazione del reddito complessivo dell'impresa. Con il metodo del Profit split residuale si determina direttamente il reddito che deriva dall'utilizzo del bene immateriale. Non è quindi necessario, contrariamente al CUP, procedere alla sottrazione dei costi direttamente riferibili al bene immateriale. I costi sostenuti dall'impresa per il bene immateriale in esame sono già considerati in quanto il punto di partenza del calcolo è il reddito d'impresa e non i ricavi.

L'utilizzo di metodi differenti da quelli consigliati dall'Agenzia delle Entrate non è impedito dalla norma ma la scelta di metodi diversi deve essere motivata dettagliando le ragioni per cui i metodi del CUP e del Residual Profit split non sono ritenuti adeguati. È possibile, inoltre, utilizzare più metodi al fine di avere un risultato maggiormente affidabile e corretto.

Una volta determinato il reddito agevolabile per avere la quantificazione dell'agevolazione si procede con il seguente iter:

---

<sup>71</sup> Circolare 11/E del 7.4.2016

<sup>72</sup> In questo caso inteso come reddito

- 1- Si moltiplica il reddito agevolabile per il NEXUS RATIO
- 2- Il risultato ottenuto si moltiplica per il 50% (valore a regime dall'anno 2017) ottenendo così la variazione in diminuzione ai fini delle imposte.

Il Nexus Ratio è dato da:

**Costi Qualificati:**

costi sostenuti direttamente dal soggetto beneficiario, da Università o enti di ricerca, da società diverse da quelle che sono direttamente o indirettamente controllano l'impresa, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa



**UP LIFT (30%) di:**

Costi complessivi meno costi qualificati

---

**Costi complessivi**

Si considerano i costi del triennio precedente a quello per cui si calcola l'agevolazione.

### 2.6.3 PATENT BOX E ABUSO DEL DIRITTO.

Le operazioni straordinarie di fusione, scissione e conferimento d'azienda potrebbero consentire una migliore gestione degli effetti dell'agevolazione e rendere più efficiente la gestione delle attività di ricerca e sviluppo<sup>73</sup> in quanto dall'operazione si avrebbe un nuovo soggetto titolare dell'intangibles.

In generale la previsione normativa appare molto chiara e detta due regole precise, in caso di operazioni straordinarie, la società incorporante, la società beneficiaria o la società conferitaria (avente causa dell'operazione) subentra:

- nell'esercizio dell'opzione per l'applicazione del regime agevolativo effettuata dalla società incorporata, dalla società scissa o dalla società conferente (dante causa dell'operazione);<sup>74</sup>
- nella posizione del dante causa sia con riguardo al computo degli anni di durata dell'opzione, sia in relazione ai costi rilevanti agli effetti del calcolo del Nexus ratio al fine di determinare il reddito agevolabile a cui applicare la percentuale di detassazione da Patent Box. Il riferimento generale all'articolo 9 del Decreto implica che il subentro dell'avente causa nei costi del dante causa vale tanto per i costi qualificati (numeratore), quanto per quelli complessivi (denominatore).

La normativa e l'interpretazione dell'Agenzia delle Entrate dettano un criterio di neutralità dell'operazione straordinaria ai fini del Patent Box, in forza del quale all'avente causa è consentito l'utilizzo e lo sfruttamento dei valori creati dal dante causa. Tale approccio è stato accolto con favore dagli esperti, in considerazione del fatto che l'agevolazione fiscale è inscindibilmente legata all'effettuazione di attività di ricerca e sviluppo per il mantenimento, l'accrescimento e lo sviluppo dei beni immateriali agevolabili. La Circolare 11/E/2016<sup>75</sup> analizza anche gli effetti Patent Box delle operazioni straordinarie in situazioni patologiche, in cui l'operazione straordinaria è implementata unicamente allo scopo di fruire di tale regime di continuità di valori. È il caso in cui i contribuenti mettono in atto operazioni di riorganizzazione aziendale al fine di aggirare il trattamento di sfavore ai fini Patent Box della cessione diretta dell'intangibile<sup>76</sup>, così facendo si evita di ridurre il nexus ratio (il costo per l'acquisto di un IP va al denominatore).

---

<sup>73</sup> Come chiarito dalla Circolare 36/E, Agenzia delle Entrate, 01.12.2015

<sup>74</sup> L'Agenzia delle Entrate ha specificato che l'avente causa ha il diritto di subentrare nella posizione del dante causa anche nel caso in cui quest'ultimo non abbia esercitato l'opzione per il Patent Box prima dell'effettuazione dell'operazione straordinaria

<sup>75</sup> Circolare 11/E del 7.4.2016

<sup>76</sup> La società A, invece di acquisire un IP dalla società B da questa autoprodotta, acquisisce le partecipazioni di controllo della società B, che detiene sostanzialmente solo l'IP, la quale successivamente esercita l'opzione per il regime Patent Box. Successivamente, la società A incorpora la società B attraverso un'operazione di fusione per incorporazione



La circolare 36/E dell'Agenzia delle Entrate ha avallato l'implementazione di tali operazioni, riconoscendone la legittimità ed escludendone il carattere elusivo/abusivo se l'operazione è effettuata per ragioni economiche valide. Sono tre i presupposti per configurare l'operazione come abusiva:

- L'assenza di sostanza economica, come ad esempio la non conformità con le normali logiche di mercato
- la realizzazione di un vantaggio fiscale indebito;
- il vantaggio fiscale deve essere lo scopo essenziale dell'operazione in commento.

## **2.7. TRASFORMAZIONE DI SOCIETÀ PARTECIPATE ALL'ESTERO IN STABILE ORGANIZZAZIONE ALL' ESTERO (Elena Berneschi)**

Molte piccole e medie imprese italiane, nell'ambito della propria vita, si trovano prima o poi a valutare la possibilità di porre in essere una struttura imprenditoriale all'estero con la finalità di accrescere, in misura ancora più incisiva, la propria attività commerciale e conseguentemente, i risultati di fatturato e la propria redditività.

La scelta delle modalità di insediamento all'estero è condizionata da una molteplicità di fattori, legati ad esempio alla tipologia di business che si intende porre in essere, ma anche dalla variabile fiscale che l'azienda potrebbe andare ad incontrare. Molto spesso quest'ultima assume un ruolo di primo piano in questa decisione strategica.

In questo paragrafo dell'elaborato l'obbiettivo è di porre l'attenzione sui più rilevanti profili tributari connessi alla due principali strutture organizzative mediante le quali un'impresa italiana può insediarsi all'estero, ovvero attraverso la costituzione di una società o entità giuridica partecipata (c.d. *Subsidiary*) o la costituzione di una stabile organizzazione (c.d. *Branch*).

### **2.7.1. INSEDIAMENTO ALL'ESTERO: COSTITUZIONE DI UNA SOCIETÀ.**

La costituzione di una società all'estero rappresenta sicuramente una delle soluzioni maggiormente utilizzate dagli imprenditori italiani, in quanto hanno limitazioni sotto il profilo giuridico della responsabilità sociale e hanno una totale autonomia contabile e fiscale.

A tali elementi se ne aggiungono ulteriori legati a norme tributarie di particolare valore, previste in ambito comunitario e internazionale, che consentono di beneficiare della riduzione o esenzione dell'imposizione fiscale sui flussi reddituali che intervengono tra la casa madre e la società controllata.

Tra queste norme, si può far riferimento alle disposizioni convenzionali contro le doppie imposizioni previste dai trattati internazionali, nonché, nel caso di rapporti fra società appartenenti all'Unione Europea, all'applicazione delle disposizioni previste dalla Direttiva n. 20122/96/UE (c.d. *Direttiva Madre Figlia*), la quale esenta dall'applicazione della ritenuta fiscale in uscita i flussi reddituali derivanti da dividendi, interessi e canoni intercompany.

Il legislatore, di fronte all'applicazione di benefici fiscali, ha posto in essere strumenti necessari a contrastare fenomeni di carattere elusivo, ovvero a verificare la presenza o meno di realtà imprenditoriali.

#### **2.7.1.1. PROBLEMATICHE DELL'ESTEROVESTIZIONE (ART. 73 COMMA 3 E 5 BIS TUIR).**

Tra gli strumenti volti ad evitare fenomeni di carattere elusivo vi rientrano le disposizioni tributarie in materia di "esterovestizione", fenomeno che si verifica quando si è in presenza di una costruzione meramente artificiosa al solo scopo di eludere l'imposta ordinariamente dovuta in Italia.

Con il termine esterovestizione si intende, nello specifico, la fittizia localizzazione della residenza fiscale di una persona fisica o di una società all'estero, in particolare, in un Paese con un trattamento fiscale più vantaggioso di quello nazionale, allo scopo di sottrarsi agli adempimenti previsti dall'ordinamento tributario

del Paese di reale appartenenza (Cassazione n. 2869 del 07/02/2013).

Ai sensi dell'**art. 73, comma 5 bis, del Dpr n. 917/86** “*Salvo prova contraria, si considera esistente nel territorio dello Stato la sede dell'amministrazione di società o enti, che detengono partecipazioni di controllo, ai sensi dell'art. 2359, primo comma, del C.c., nei soggetti di cui alle lettere a) e b) del comma 1, se, in alternativa: sono controllati, anche indirettamente, ai sensi dell'art. 2359, primo comma, del C.c. da soggetti residenti nel territorio dello Stato; sono amministrati da un Consiglio di amministrazione, o altro organo equivalente di gestione, composto in prevalenza di consiglieri residenti nel territorio dello Stato*”.

Il concetto di esterovestizione, pertanto, è strettamente correlato a quello di residenza fiscale.

Il punto di partenza nell'analisi del fenomeno in esame è perciò il concetto stesso di residenza fiscale, disciplinato dall'art. 73 comma 3 per le persone giuridiche, per le quali “ai fini delle imposte sui redditi si considerano residenti le società o enti che per la maggior parte del periodo di imposta hanno la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato”.

L'art. 73, comma 3, richiede:

- un requisito di carattere formale/sostanziale, ovvero la sede legale o la sede dell'amministrazione (requisito formale) o l'oggetto principale dell'attività nel territorio dello Stato (requisito sostanziale);
- un requisito di carattere temporale, ovvero la permanenza del requisito formale e sostanziale per la maggior parte del periodo d'imposta (ai sensi dell'art. 76 comma 2 del DPR 633/1972 “il periodo d'imposta è costituito dall'esercizio o periodo di gestione della società o dell'ente, determinato dalla legge o dell'atto costitutivo.”

Nel caso di accertamento, sarà il contribuente a dover dimostrare, con argomenti adeguati e convincenti, in base ad elementi di effettività sostanziale, il verificarsi delle condizioni sopra elencate tali da rilevare che la direzione effettiva della società estera è effettivamente localizzata nel Paese di insediamento o che all'estero vi è l'oggetto principale dell'attività di subsidiary (Circolare AdE 26/E/2006, paragrafo 8.3. *Inversione dell'onere della prova*).

La Corte di Cassazione (sentenza n. 2869 del 7 febbraio 2013) ha fornito elementi utili ai fini dell'onere della prova, ribadendo l'importanza di utilizzare il criterio formale ai fini della residenza (es. sede statutaria); avvalersi solo di criteri sostanziali (es. luogo di riunione delle dirigenze societarie) significherebbe rinunciare ad un requisito di facile e di immediata controllabilità.

### **2.7.1.2. DISCIPLINA DEL CONTROLLED FOREIGN COMPANIES.**

Tra le misure tese a contrastare le pratiche elusive tendenti al trasferimento di basi imponibili verso Paesi con regime fiscale privilegiato vi è la disciplina CFC rule. La ratio di tale disciplina è dunque quella di risolvere un fenomeno di elusione internazionale quale il tax deferral, ossia la produzione di redditi in Paesi a bassa fiscalità evitandone la distribuzione sotto forma di dividendi o di utili e il fenomeno delle c.d. *passive company*, ovvero di società di mero godimento la cui unica finalità è la localizzazione di asset immateriali e finanziari in Paesi ove la fiscalità risulta essere particolarmente favorevole.

L'attenzione del legislatore nella stesura della norma si è concentrata sulle operazioni infragruppo poste in essere tra imprese residenti e proprie partecipate, situate in Paesi o territori a bassa fiscalità le quali possono determinare la “distrazione” dell'utile dall'Italia verso regimi fiscali esteri più favorevoli, che spesso non consentono un effettivo e adeguato scambio di informazioni.

La disciplina delle *Controlled Foreign Companies* (c.d. *CFC rule*), contenuta nell'articolo 167 del Tuir, dispone infatti un regime di tassazione per “**trasparenza**” in capo al socio residente in Italia, dei redditi realizzati dalle sue controllate estere domiciliate in Stati con regime fiscale privilegiato, indipendentemente dalla effettiva percezione degli stessi.

Di assoluto rilievo sono stati i cambiamenti riguardanti i criteri fissati per l'identificazione dei Paesi a

fiscalità privilegiata e l'abbandono delle c.d. Black List formalizzate, elementi che avevano caratterizzato la disciplina antielusiva del citato art. 167 del Tuir fin dalla sua entrata in vigore nel nostro ordinamento.

<b>Periodo</b>	Fino al 31 dicembre 2014	Dall'1° gennaio al 31 dicembre 2015	Dall'1° gennaio 2016 in poi
<b>Criterio di individuazione dei regimi fiscali privilegiati</b>	· inclusione nel <b>D.M. 21 novembre 2001</b> ( <i>black list</i> )	· inclusione nel <b>D.M. 21 novembre 2001*</b> ; · regime speciale che preveda un livello di tassazione inferiore al 50 per cento di quello applicato in Italia · esclusione dei Paesi UE e SEE	· livello nominale di tassazione inferiore al 50 per cento di quella applicabile in Italia; · regimi speciali; · esclusione dei Paesi UE e SEE

Le novità introdotte dal Decreto Internazionalizzazione (D.Lgs n. 147 del 14 settembre 2015) hanno portato una modifica di carattere del tutto innovativo al comma 8-bis dell'art. 167, D.P.R. 917/1986, prevedendo l'applicazione del regime di trasparenza fiscale della Cfc anche ai soggetti localizzati in Paesi o territori non a fiscalità privilegiata, se sussistono congiuntamente le seguenti condizioni:

- le società controllate sono soggette a tassazione effettiva inferiore a più della metà di quella a cui sarebbero stati soggetti se residenti in Italia (in base alla normativa fiscale italiana);
- le società hanno conseguito proventi derivanti per più del 50% dalla gestione, dalla detenzione o dall'investimento in titoli, partecipazioni, crediti o altre attività finanziarie, dalla cessione o dalla concessione in uso di diritti immateriali relativi alla proprietà intellettuale, letteraria o artistica nonché dalla prestazione di servizi nei confronti di soggetti che direttamente o indirettamente controllano la società o l'ente non residente, ne sono controllati o sono controllati dalla stessa società che controlla la società o l'ente non residente, ivi compresi i servizi finanziari (cosiddetti servizi infragruppo).

La prima condizione impone di raffrontare il livello di tassazione effettivo subito dalla società controllata con il livello di tassazione che avrebbe teoricamente gravato la società qualora avesse operato in Italia.

La seconda condizione richiede che i proventi corrisposti alla società Cfc non pervengano, in modo prevalente, da attività da cui originano i "passive income" ovvero da prestazioni di servizi infragruppo.

Qualora venissero soddisfatte entrambe le condizioni si renderebbe applicabile la disciplina di imputazione per trasparenza in Italia dei redditi maturati dalla società residente all'estero, determinando le corrispondenti imposte al netto di quanto già corrisposto all'estero.

La normativa in materia di imprese estere partecipate prevede che i soggetti residenti, tramite apposita istanza di interpello, possano ottenere una pronuncia di disapplicazione delle disposizioni di cui al citato art. 167, qualora dimostrino alternativamente che:

- a) la CFC svolge, in via principale, nello stato o territorio nel quale ha sede, una effettiva attività industriale o commerciale;
- b) dalle partecipazioni possedute non consegue il trasferimento di redditi in Stati o territori con regimi fiscali privilegiati.

E' sufficiente pertanto dimostrare anche una sola delle cause di disapplicazione per ottenere l'accoglimento dell'istanza da parte della Agenzia delle entrate.

### **2.7.2. INSEDIAMENTO ALL'ESTERO TRAMITE STABILE ORGANIZZAZIONE.**

La stabile organizzazione è un istituto di diritto tributario che collega ad un determinato Paese estero il reddito derivante da un'attività economica svolta nel suo territorio da un'impresa non residente.

---

L'art. 162 del TUIR definisce la Stabile Organizzazione, ai fini delle imposte sui redditi e dell'IRAP, come “una sede fissa di affari per mezzo della quale l'impresa non residente esercita in tutto o in parte la sua attività sul territorio dello Stato”.

I presupposti necessari affinché un'attività svolta in territorio nazionale possa essere considerata Stabile Organizzazione (SO) di impresa non residente sono così riassumibili:

- una sede di affari;
- la staticità della sede d'affari ovvero la stabilità territoriale;
- la condizione che l'impresa non residente svolga, in tutto o in parte, la propria attività nel territorio dello Stato per mezzo di tale sede fissa d'affari, intesa quest'ultima in senso funzionale e quindi indipendentemente dalla consistenza fisica.

Per configurare una SO non è necessario quindi che questa abbia né carattere produttivo né la presenza di personale dipendente; l'art. 162 comma 2 del Tuir indica che possono costituire una stabile organizzazione una sede di direzione, una succursale, un ufficio, un'officina, un laboratorio, una miniera, un giacimento petrolifero o di gas naturale, una cava o altro luogo di estrazione di risorse naturali, un cantiere di costruzione o di montaggio o di installazione, ovvero, come introdotto dalla Legge di Bilancio 2018, una significativa e continuativa presenza economica nel territorio dello Stato costruita in modo tale da non far risultare una sua consistenza fisica nel territorio stesso.

Tale definizione, è bene ribadirlo, è quella prevista dal nostro ordinamento nazionale e quindi vale per i soggetti esteri che operano in Italia, ma essa non si discosta da quella adottata da altri Paesi esteri, in armonia con il Modello di Convenzione OCSE.

Sotto il profilo meramente amministrativo e contabile, tale entità dovrà essere dotata di un codice fiscale e di una partita IVA identificativa del Paese in cui opera; non dovrà essere dotata di un capitale sociale ma di un fondo di dotazione idoneo allo svolgimento delle proprie attività. Essa dovrà tenere le scritture contabili ed i libri obbligatori previsti dalla normativa del Paese ospitante e dovrà assolvere i relativi adempimenti tributari (presentazione delle dichiarazioni fiscali, eventuali comunicazioni periodiche). Inoltre dovrà essere redatto uno specifico rendiconto degli utili e delle perdite riferibili alla stabile organizzazione.

Dall'altra parte, i soggetti residenti che gestiscono una stabile organizzazione all'estero sono tenuti a rilevare nella contabilità distintamente i fatti di gestione che interessano le stabili organizzazioni, determinando separatamente i risultati dell'esercizio relativi a ciascuna di esse. Nel sistema contabile della casa madre dovranno quindi essere redatte le scritture contabili delle SO in specifici e separati registri sezionali.

Per l'amministrazione finanziaria, la contabilità separata può essere assunta nella contabilità generale della “casa madre” nei seguenti modi:

- per singole operazioni, ove all'estero si tenga una prima nota possono essere sufficienti rilevazioni a livello di mastro;
- per riepilogazioni periodiche se all'estero vi è una contabilità sezionale autonoma e regolarmente tenuta;
- assumendo il risultato finale dell'esercizio al cambio di chiusura purché la contabilità sezionale sia regolarmente tenuta e previo bilanciamento di tutte le partite attive e passive.

### **2.7.2.1. DISCIPLINA TRIBUTARIA.**

Una volta determinato il risultato d'esercizio, sarà compito della casa madre gestire gli aspetti tributari e fiscali delle Stabili Organizzazioni collegate e definire i corretti criteri di tassazione per evitare una doppia imposizione.

Nel nostro Paese, fino all'introduzione del Decreto Internazionalizzazione (Art. 14 del D.Lgs. n. 147/2015), la gestione della fiscalità della stabile organizzazione avveniva unicamente attraverso la tassazione integrale

dei redditi della stessa prodotti con l'eliminazione della doppia imposizione attraverso il meccanismo del riconoscimento del credito d'imposta per le imposte pagate all'estero, in forza del disposto di cui all'art. 165 del DPR n. 917/86.

Senza entrare nel tecnicismo della complessa procedura di calcolo del credito, possiamo evidenziare che, per effetto dell'adozione di tale modalità, la tassazione del reddito prodotto dalla stabile organizzazione avviene al più elevato tra il prelievo estero e quello domestico e che concorrono alla formazione del reddito della casa madre anche le eventuali perdite imputabili alla stabile organizzazione.

In alternativa al criterio ordinario di inclusione degli imponibili esteri nel reddito complessivo, con riconoscimento del credito ex art. 165 del TUIR, con il Decreto Internazionalizzazione è stata introdotta nel nostro ordinamento la possibilità di optare per la Branch exemption, ovvero di optare per un regime di esenzione degli utili e delle perdite delle proprie branch estere.

In tal modo le stabili organizzazioni non concorrono alla determinazione del reddito imponibile del soggetto residente.

In base all'art. 168 ter, può optare per la Branch exemption qualunque impresa residente nel territorio dello stato con SO all'estero.

L'attuale art. 168-bis del Tuir prevede che tale disciplina sia:

- esercitabile su base opzionale;
- applicata in modo generale, ovvero l'opzione, una volta esercitata, è efficace nei confronti di tutte le stabili organizzazioni di un'impresa residente, siano esse già presenti o costituite in futuro;
- irrevocabile, ovvero l'opzione ha effetto sin dalla costituzione della prima stabile organizzazione e si estende di diritto a tutte le altre successivamente costituite fino alla fine della casa madre.

Per le stabili organizzazioni esistenti al momento dell'entrata in vigore del D.Lgs, l'opzione può essere esercitata entro i successivi due anni senza che tale opzione dia luogo all'emersione di plus/misvalenze.

Il reddito imputabile alla stabile organizzazione deve essere, in ogni caso, determinato con osservanza delle disposizioni tributarie nazionali ed indicato separatamente nella dichiarazione dei redditi della casa madre.

Come indicato dalle disposizioni attuative della branch, indicate nel Provvedimento del 28 agosto 2017 n. 165138, tale intervento legislativo è teso a garantire alle stabili organizzazioni all'estero di società italiane lo stesso regime fiscale applicabile alle società controllate estere e rendere in tal modo neutrale la leva fiscale nella scelta imprenditoriale di creare all'estero strutture in grado di espandere la attività imprenditoriali delle imprese domestiche.

La scelta di costituire una stabile organizzazione può rilevarsi ancora più vantaggiosa dal punto di vista fiscale, poiché gli utili da questa prodotti ed attribuiti alla casa madre non scontano in capo a quest'ultima la tassazione invece prevista per i dividendi distribuiti dalla società controllata ai sensi dell'art. 89 del DPR n. 917/86 (tassazione sul 5% dell'ammontare distribuito).

Naturalmente, l'esercizio dell'opzione per l'esenzione da imposta nazionale dei redditi della branch non consente alla casa madre di compensare eventuali perdite fiscali che dovessero generarsi in capo alla stabile organizzazione, a differenza di quanto avviene nell'ipotesi di applicazione delle disposizioni di cui all'art. 165 del DPR n. 917/86.

Nel caso in cui le società estere siano già costituite, i redditi realizzati dalla *branch* esente partecipano alla determinazione del reddito imponibile della casa madre fino a concorrenza delle perdite fiscali nette prodotte dalla stabile organizzazione nel periodo precedente; ovvero occorre recuperare a tassazione le perdite prodotte dalla stabile organizzazione nei cinque esercizi precedenti all'opzione, con conseguenti imponibilità degli utili imputabili alla predetta stabile organizzazione successivamente all'esercizio dell'opzione fino a concorrenza delle perdite (meccanismo del *recapture*). Pertanto, come illustrato, nella Relazione accompagnatoria al D.Lgs. n. 147/2015, l'applicazione del meccanismo del *recapture* comporterà il ricalcolo dei risultati reddituali della stabile organizzazione nei cinque anni precedenti all'esercizio dell'opzione e,



laddove dalla somma algebrica dovesse risultare una perdita fiscale netta, è previsto l'obbligo di procedere alla tassazione dei redditi prodotti successivamente fino a concorrenza del riassorbimento della predetta perdita.

Inoltre, si deve ritenere che nel caso in cui l'impresa residente in Italia, soggetta al regime di branch exemption, trasferisca a terzi una sua stabile organizzazione all'estero o parte di essa, si devono applicare le stesse regole che troverebbero applicazione in assenza dell'esercizio dell'opzione, trovando applicazione le disposizioni dettate dagli artt. 86 e 101, comma 1, del D.P.R. n. 917/1986 con riferimento alle plusvalenze e alle minusvalenze.

#### **2.7.2.2. BRANCH EXEMPTION E I POSSIBILE COMPORAMENTI ABUSIVI.**

La branch exemption rappresenta per le imprese un'opportunità alternativa al credito di imposta per eliminare la doppia imposizione, in linea con quanto consentito dall'OCSE e con quanto previsto nei sistemi fiscali avanzati.

Il Decreto Internazionalizzazione ha introdotto tale strumento con l'obiettivo di creare un contesto di maggiore certezza fiscale, di ridurre gli adempimenti per le imprese e gli oneri amministrativi ad essi connessi e di eliminare alcune difficoltà esistenti dal punto di vista burocratico ed organizzativo. L'obiettivo primario è quello di favorire la competitività delle imprese residenti che operano all'estero, dando la possibilità di godere delle identiche condizioni fiscali dei propri competitors.

Gli obiettivi elencati possono essere considerarsi solo parzialmente raggiunti. In particolare, tra le criticità quella più rilevante è sicuramente il carattere totalitario, la definitività e l'irrevocabilità dell'opzione e l'estensione a tutte le branch costituite e che verranno costituite in futuro.

Tale aspetto determina una pianificazione a lungo termine da parte delle imprese sia da un punto di vista gestionale che fiscale. Da un punto di vista fiscale, il soggetto passivo dovrà tener conto del fatto che l'esercizio dell'opzione comporta l'impossibilità di imputare le perdite della Branch alla casa madre; pertanto, soprattutto nel caso di imprese neo costituite, dovrà valutarsi se è preferibile rischiare di non detrarre le perdite dei primi esercizi di attività rispetto al beneficio dell'esenzione dei futuri redditi. In un'ottica di pianificazione fiscale, il contribuente potrebbe essere tentato di ridurre il rischio, cercando di trasformare l'incertezza futura in un rischio limitato e calcolato.

Ciò potrebbe essere minimizzato compiendo operazioni straordinarie, quali conferimenti o cessioni d'azienda, al fine di estromettere dalla branch le società non produttive di utili, oppure costituendo nuove società al fine di trasferire un determinato business da branch già esistenti a favore di una branch di nuova costituzione, allo scopo di concentrare il business di una sola società estera.

Tali operazioni però potrebbero incorrere nell'applicazione dell'art. 10 bis, legge n. 212/2000, ovvero nell'istituto dell'abuso del diritto. In base a tale articolo, si può configurare abuso del diritto una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi economici indebiti.

Operando un'estrema sintesi, vista l'analisi dell'argomento nei capitoli precedenti, ai sensi dell'art. 10 bis, i requisiti dell'abuso sono i seguenti:

- assenza di sostanza economica;
- ottenimento di un vantaggio fiscale indebitato.

Nell'utilizzo dello strumento di branch exemption, a titolo meramente esemplificativo, l'Amministrazione finanziaria potrebbe valutare un'assenza di sostanza economica e la massimizzazione del vantaggio fiscale nel trasferimento all'estero di un'attività posta in essere tramite conferimento o cessione oppure nella cessione di un'azienda o di un ramo di azienda non capace di produrre redditi elevati.

Le imprese possono comunque presentare un interpello qualificatorio per richiedere la sussistenza dei

requisiti della stabile organizzazione all'Agenzia delle entrate ai sensi dell'articolo 11, comma 1, lettera a), della legge 27 luglio 2000, n. 212.

### 2.7.2 CONCLUSIONI.

Nello schema sotto riportato sono riepilogati gli elementi indidentificativi delle modalità di insediamento all'estero di un'impresa italiana.

<b>BRANCH</b>	<b>SUBSIDIARY</b>
<i>Vantaggi</i>	<i>Vantaggi</i>
Semplicità della struttura amministrativa	Limitazioni della responsabilità giuridica e patrimoniale verso i terzi
Ridotti costi societari	Possibile applicazione delle disposizioni convenzionali contro le doppie imposizioni e della Direttiva “Madre - Figlia”
Nessun capitale minimo iniziale	Fruizione della participation exemption in caso di cessione della partecipazione
Nessuna ritenuta alla fonte su “dividendi e interessi”	
Possibilità di optare per la tassazione esclusivamente nel Paese estero (branch exemption)	
<i>Svantaggi</i>	<i>Svantaggi</i>
Nessuna limitazione di responsabilità giuridica e patrimoniale verso i terzi	Più elevati costi societari e di governance
Irrecuperabilità di eventuali perdite fiscali in caso di opzione per l'esenzione da tassazione italiana	Assoggettamento alla disciplina della “esterovestizione”
Gestione contabile separata presso la contabilità della società italiana	Possibile applicazione delle ritenute alla fonte su interessi e dividendi
Tassazione integrale della plusvalenza derivante dall'eventuale cessione del business estero	Tassazione in Italia dei dividendi distribuiti nella misura del 5%
	Obblighi pubblicitari dei dati patrimoniali ed economici

### 3. INTERPELLI E DIFESE/RESPONSABILITÀ DEL PROFESSIONISTA.

#### 3.1. LE RESPONSABILITÀ DEL PROFESSIONISTA: RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA E RESPONSABILITÀ A LIVELLO PENALE. – (Fabio Noferi)

##### 3.1.1. INTRODUZIONE.

Per quanto riguarda le responsabilità del professionista/commercialista sia di natura amministrativa che di natura penale il punto di partenza è rappresentato dall'articolo 10-bis della legge 212 del 2000, introdotto nel nostro ordinamento dal Decreto legislativo n.158/2015. Con l'entrata in vigore del Decreto legislativo n.128/2015 il legislatore ha apportato una sostanziale distinzione tra **abuso del diritto** e **reati tributari** poiché, in virtù di quanto disposto dal comma 13 dell'articolo 10-bis *“le operazioni abusive non danno luogo a fatti punibili ai sensi delle leggi penali tributarie”*. A supportare ulteriormente tale disposto normativo, sempre con il Decreto legislativo 158/2015, il legislatore ha inserito la lettera g-bis) art.1 nel D.lgs.74/2000 con la quale è stata prevista la punibilità in ambito penale delle operazioni simulate (leggi apparenti o realizzate per interposta persona) e *“comunque diverse da quelle disciplinate dall'articolo 10-bis dello Statuto dei Diritti dei Contribuenti”*.

Se facciamo una sintesi del combinato disposto delle due norme citate possiamo sicuramente affermare che, se una operazione è stata realmente effettuata, potrà ricadere eventualmente nelle fattispecie abusive qualora l'Amministrazione Finanziaria riesca a constatare l'ottenimento di un indebito vantaggio fiscale e, sopra tutto, che la realtà della intera operazione non potrà mai sfociare in contestazioni di tipo evasivo.

Questa distinzione così netta allo stato attuale non è stata ancora completamente recepita da parte degli organi accertativi e dalla Suprema Corte di Cassazione. Infatti, da un lato si assiste alla contestazione evasiva di operazioni di riorganizzazione e ristrutturazione che perseguono finalità diverse (ma che sono realmente poste in essere dagli operatori economici); dall'altro si assiste all'avallo di tali contestazioni da parte della Suprema Corte.

Nella fattispecie di cui sopra potrebbe nascere la responsabilità del professionista sia di natura patrimoniale, ma soprattutto di natura penale. In particolare tale responsabilità viene spesso rinvenuta proprio nei casi oggetto di contestazione da parte della Amministrazione Finanziaria ossia in caso di operazioni di natura straordinaria poste in essere con la consulenza del professionista in quanto - come affermato da autorevole dottrina - *“vi è un chiaro nesso eziologico tra la consulenza resa dal professionista e la contestazione mossa da parte della Amministrazione Finanziaria”*.

Per le operazioni straordinarie non dobbiamo fare riferimento esclusivamente a quelle classiche come le operazioni di fusione, scissione e conferimento di beni societari ma ad ogni operazione volta alla riorganizzazione ed alla ristrutturazione anche dei patrimoni personali dei singoli contribuenti.

Lo sfasamento quindi tra norme di legge ed interpretazioni amministrative e giurisprudenziali rischiamo di colpire il contribuente ma anche il professionista da un punto di vista sanzionatorio, sia amministrativo che penale, stante le incertezze che oggi regnano in ambito fiscale.

Il ruolo del professionista ma soprattutto del commercialista è quello di assistere il contribuente nel delicato momento riorganizzativo con la diligenza e secondo la propria competenza andando a creare un abito su misura che sappia coniugare sia le necessità dell'imprenditore in quanto persona fisica nonché capo famiglia, sia della/e società a lui riferibile/i. Per quanto il professionista provi a creare ed ideare dei modelli organizzativi e ristrutturativi quanto più possibili conformi alle norme di legge e , vogliamo nuovamente aggiungere , realmente posti in essere , tuttavia la scure dell'abuso , travestito da evasione , è dietro l'angolo.<sup>77</sup> Come brillantemente affermato dai due autori<sup>78</sup> nel documento citato in nota, non si deve criticare l'istituto dell'abuso del diritto , bensì *“l'abuso dell'abuso”* , poiché davanti alle situazioni che si stanno verificando , il professionista / commercialista rischia di rimanere invischiato in un vortice sanzionatorio.

---

<sup>77</sup> G.Ripa/A.Lattanzi – Guide Pratiche “ITALIA OGGI” – Le responsabilità del professionista.

<sup>78</sup> G.Ripa/A.Lattanzi – IDEM .

I comportamenti da parte della Amministrazione Finanziaria avallati spesso dagli Ermellini stanno lentamente distruggendo il raggiungimento del lecito risparmio di imposta che dovrebbe essere sempre permesso al contribuente non trovando alcuna norma nel nostro ordinamento tributario che obblighi a pagare l'imposta più onerosa. Il ruolo del professionista ( e soprattutto del commercialista ) dovrebbe essere proprio quello di offrire prestazioni professionali e consulenze volte a massimizzare il beneficio del proprio cliente attraverso la predisposizione di modelli organizzativi frutto della sua competenza professionale destinati ad alleggerire quanto più possibile il carico fiscale del contribuente. Svilendo l'ottenimento del risparmio fiscale non si fa altro che spogliare il consulente della propria competenza professionale ed intellettuale.

Purtroppo a titolo di concorso, il professionista / commercialista risponde **IN PROPRIO** per le sanzioni amministrative, sanzioni penali, autoriciclaggio, favoreggiamento, sequestro preventivo finalizzato alla confisca e chi più ne ha più ne metta.

La prima domanda che nasce spontanea (di "pancia ") potrebbe essere la seguente:

***Ma chi ce lo fa fare a svolgere questo lavoro così rischioso?***

Meno di "pancia" e quindi in maniera più razionale (di "testa") la domanda dovrebbe essere la seguente:

***Cosa dobbiamo fare per evitare responsabilità di natura amministrativa e penale?***

Iniziamo quindi ad esaminare sinteticamente le varie fattispecie che possono determinare sanzioni amministrative e penali nei confronti dei contribuenti e di conseguenza anche nei confronti dei loro professionisti / commercialisti per effetto della loro attività di consulenza:

- L'abuso del diritto (stante la sua connessione con le operazioni di natura straordinaria e la sua recente associazione con le fattispecie evasive) e la recente riforma dei reati tributari;
- Le improprie modalità rettificative della Amministrazione Finanziaria con particolare riferimento all'applicazione dell'articolo 20 del DPR 131/1986
- Il controverso caso della clausola anti abusiva, disciplinata dall'articolo 176 comma 3 del TUIR

Per arrivare e concludere il presente elaborato con:

- l'analisi del ruolo del professionista e delle sanzioni che possono gravare attorno alla sua figura;
- I possibili rimedi e le possibili soluzioni per evitare le sanzioni amministrative e quelle soprattutto di natura penale.

### **3.1.2. L'ABUSO DEL DIRITTO E LA RIFORMA DEI REATI TRIBUTARI: CENNI.**

Come indicato in precedenza **l'abuso del diritto** è stato inserito nel nostro ordinamento con l'entrata in vigore del Decreto legislativo n.128/2015, a seguito della abrogazione dell'articolo 37-bis del D.P.R. 600/1973 che disciplinava le disposizioni da applicare nelle fattispecie elusive limitatamente alle sole imposte dirette.

Per le imposte indirette si doveva invece ricorrere alle disposizioni della sesta direttiva IVA e ai principi stabiliti dalla Corte di Giustizia Europea.

L'abuso del diritto nasceva da una costola della elusione essendo esclusivamente un concetto di derivazione giurisprudenziale, ma in nessun modo si ritrovava all'interno dell'ordinamento tributario nazionale.

La trasfusione dell'articolo 37-bis nello Statuto dei Diritti del Contribuente è stata appositamente voluta dal legislatore poiché la disciplina anti-elusiva ante riforma era circoscritta alla sola materia delle imposte dirette. La collocazione all'interno dello Statuto dei Diritti del Contribuente ha portato l'estensione della lotta all'abuso a tutti i tipi di imposte.

Con l'avvento del Decreto legislativo n.128/2015, l'abuso del diritto, attraverso l'inserimento dell'articolo 10-bis nella Legge 212/2000, meglio conosciuta come "Statuto dei Diritti del Contribuente ", ha trovato il suo giusto riconoscimento legislativo.

Per quanto riguarda le responsabilità del contribuente e del consulente/commercialista occorre innanzitutto fare riferimento a quanto disposto dai commi 1, 3 e 13 dell'articolo 10 bis citato.

Infatti, il comma 1 definisce le operazioni configuranti l'abuso del diritto ovvero .....” **quelle prive di sostanza economica .....che realizzano vantaggi fiscali indebiti** “; il comma 3 esclude dal novero dell'abuso quelle operazioni che , pur rientrando nella definizione del comma 1, siano giustificate da valide ragioni extra fiscali non marginali ; il comma 13 infine afferma **la totale esclusione ai fini penali delle operazioni qualificate come abusive.**

Qualora il contribuente ponga in essere operazioni prive di motivazioni economiche (ovvero operazioni che non abbiano finalità riorganizzative e migliorative dell'assetto aziendale o prive di valide ragioni extra fiscali) ricadrà sicuramente nella disciplina abusiva. In ogni modo, però, tali operazioni non potranno (o meglio non dovrebbero) configurare alcuno dei reati previsti dal Decreto legislativo 74/2000.

Per quanto riguarda la riforma dei reati tributari, a seguito della introduzione del Dlgs. 158/2015, il legislatore ha inserito all'interno dell'articolo 1 del Dlgs.74/2000 la lettera g-bis), che definisce i cosiddetti atti simulatori. Il disposto normativo afferma infatti:

**“per operazioni simulate oggettivamente o soggettivamente si intendono le operazioni apparenti, diverse da quelle disciplinate dall'articolo 10-bis L.212/2000 poste in essere con la volontà di non realizzarle in tutto o in parte, ovvero le operazioni riferite a soggetti fittiziamente interposti “.**

Quindi il legislatore nel riformare il diritto penale tributario ha volutamente tracciato uno spartiacque di indubbia importanza rendendo impossibile la confusione tra **atti abusivi e atti evasivi**. A tale proposito è importante menzionare una sentenza della Suprema Corte di Cassazione pronunciata nell'anno 2016.<sup>79</sup> La sentenza è emblematica in quanto fornisce con chiarezza e precisione la divisione appositamente operata dal legislatore tra abuso e reati societari.

Andiamo brevemente a commentare tale sentenza.

Da tale sentenza si evince chiaramente come l'A.F. abbia proceduto a qualificare una serie di operazioni ( composte da una scissione societaria ; costituzione di una nuova società in cui veniva conferito un immobile per il valore di oltre 50 milioni di euro ; vendita delle quote alla scissa ; successiva vendita ad una società terza dell'immobile ; estinzione della società venditrice in quanto svuotata di tutti i suoi asset) come simulate in quanto realizzative di una struttura societaria interposta , volta a sottrarre elementi attivi alla tassazione , con conseguente configurabilità della fattispecie di reato prevista dall'articolo 3 D.lsg.74/2000 ovvero dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici.

Gli “Ermellini” prendendo come riferimento le novità introdotte dai decreti legislativi 128 e 158 del 2015 hanno affermato:

**“Nonostante siano state effettuate varie operazioni il risultato complessivo del trasferimento della proprietà dell'immobile appartenente in origine alla SRL XXXX è stato effettivamente conseguito, sicché le operazioni poste in essere non possono essere considerate simulate secondo la nuova definizione che ne ha dato il citato comma g-bis) dell'articolo 1 del Decreto legislativo 74/2000 essendo state realizzate in tutto e non da soggetti fittiziamente interposti “.**

Gli Ermellini sono stati chiari e precisi: **se l'operazione è avvenuta e si è effettivamente concretizzata, il reato non potrà mai realizzarsi e , possiamo aggiungere , non vi potrà mai essere il concorso da parte del professionista / commercialista che ha concepito e predisposto l'intera operazione.**

Purtroppo però la Suprema Corte non ha sempre un indirizzo univo. Successivamente alla pronuncia commentata, nel corso nell'anno 2017 è uscita un'altra sentenza che deve farci riflettere e che può sicuramente spaventare anche la nostra categoria<sup>80</sup>. In tale sentenza un amministratore di una srl è stato condannato per infedele dichiarazione di cui all'articolo 4 del decreto legislativo 74/2000 in quanto, a monte delle operazioni di scissione societaria di immobili e terreni agricoli, con successiva vendita della partecipazione della beneficiaria ad una società terza, vi era un preliminare stipulato tra le parti ove si

---

<sup>79</sup> Suprema Corte di Cassazione – sentenza n.48293/2016.

<sup>80</sup> Suprema Corte di Cassazione. Sentenza 38016/2017.



conveniva la volontà di vendere non la partecipazione, bensì proprio gli immobili ed i terreni agricoli. Nonostante nella dichiarazione della scissa fosse stato indicato il realizzo di una plusvalenza esente ( *participation exemption* ) in luogo di una plusvalenza totalmente imponibile e quindi , nonostante l'operazione fosse stata effettivamente realizzata e segnalata , non venendo in alcun modo intralciata la fase accertativa , gli Ermellini hanno confermato la condanna penale per infedele dichiarazione poiché le operazioni straordinarie avevano come fine quello di simulare un fine diverso da quello originariamente previsto nel preliminare. In tale ambito si evince quindi come l'operazione complessivamente ricostruita, delle tre vie disponibili (**lecito risparmio di imposta, abuso del diritto, evasione**) sia stata erroneamente ricondotta a quella evasiva. Gli Ermellini hanno travisato l'accezione fornita dal legislatore di atto simulatorio (poiché se un atto è effettivamente posto in essere, non può essere simulato) e soprattutto hanno confuso, o meglio, fuso le due fattispecie di abuso e di evasione. La Suprema Corte ha quindi travisato la sostanziale differenza tra atto simulato e atto effettivamente posto in essere, ignorando i paletti fissati dal legislatore; conseguenza di ciò è stata la ricomprensione della simulazione nella fattispecie abusiva. La condanna in concorso è stata confermata anche al professionista che aveva architettato l'intera operazione.

### **3.1.3. LE FATTISPECIE ABUSIVE E L'APPLICAZIONE DELL'ARTICOLO 20 DPR 131/1986 DA PARTE DELLA AMMINISTRAZIONE FINANZIARIA: CENNI<sup>81</sup>.**

Dall'analisi effettuata nei paragrafi precedenti è possibile capire che se c'è abuso non può esserci reato (o comunque non dovrebbe esserci) e viceversa.

Infatti, l'azione accertatrice operata da parte della Amministrazione Finanziaria nel caso di abuso del diritto deve mirare soltanto ad escludere l'indebito vantaggio fiscale ottenuto dal contribuente attraverso la riqualificazione / qualificazione delle operazioni poste in essere, lasciando salvi gli effetti civili.

Le operazioni che ovviamente sono state oggetto di maggiori contestazioni abusive da parte della A.F. riguardano le cosiddette operazioni straordinarie. Tali operazioni sono sempre state considerate dalla Dottrina operazioni di ristrutturazione e riorganizzazione in *re ipsa* ovvero sia che proprio la volontà dell'operatore economico, attraverso il compimento di tali atti gestionali era diretta al fine di ottenere vantaggi economici in termini di maggiori ricavi o minori costi. Stando al dettato normativo del comma 3, articolo 10-bis della L.212/2000, tali operazioni non potrebbero connotare abuso del diritto qualora fossero analizzate soltanto da un punto di vista societario giacché risponderebbero al fine riorganizzativo/ristrutturativo dell'assetto aziendale. L'abuso potrebbe emergere nel momento in cui, dall'analisi della componente fiscale dell'operazione, si evinca che proprio tale aspetto sia stato l'unico motivo per cui l'operazione sia stata posta in essere. Stante la generale clausola di neutralità fiscale delle operazioni straordinarie, l'A.F. qualora voglia contestare l'abuso del diritto dovrà dapprima analizzare compiutamente le operazioni effettuate a livello societario e successivamente verificare se sia stato ottenuto l'indebito vantaggio fiscale, in quanto una diversa operazione avrebbe generato un maggior carico fiscale.

Non tutte le operazioni straordinarie tendono verso l'abusività. Lo sono soltanto quelle che, stante la loro interconnessione, generano percorsi "non lineari" rispetto alle altre operazioni disponibili. In altre parole sono tali le fattispecie che, pur sembrando formalmente autonome e distinte, sarebbero finalizzate al raggiungimento di un risultato economico unitario generante un risparmio fiscale.

L'A.F. perlomeno fino al 31 dicembre 2017 (ovvero prima della interpretazione autentica effettuata tramite la Legge di Stabilità per l'anno 2018) nei casi sopra citati procedeva a riqualificare (o meglio a qualificare) le operazioni attraverso l'applicazione dell'imposta più gravosa ossia applicando l'imposta di registro attraverso il richiamo dell'articolo 20 del DPR 131/1986.

La contestazione abusiva della operazione da parte della A.F., con conseguente applicazione dell'articolo 20, era indubbiamente censurabile sia da un punto di vista strettamente normativo, sia procedurale.

---

<sup>81</sup> G.Ripa / A.Lattanzi. "ITALIA OGGI" – GUIDE PRATICHE – Le Responsabilità del professionista.

Fortunatamente a partire dal 01 gennaio 2018 sono intervenute delle importanti modifiche proprio con riferimento alla interpretazione dell'articolo 20. L'analisi di queste importanti novità è effettuata in un'altra parte del presente lavoro e da altri autori.

### 3.1.4. L'ARTICOLO 176 COMMA 3 DEL TUIR: CENNI.

La breve analisi effettuata nei paragrafi precedenti permette di individuare quali sono le fattispecie più spesso oggetto di contestazione abusiva da parte della A.F. e come, ai fini della riclassificazione del negozio giuridico, sia stato (perlomeno fino al 31 dicembre 2017) impropriamente utilizzato l'articolo 20.

Nelle operazioni straordinarie vi è insita una clausola di neutralità fiscale che permette alle parti di non generare plus/minus valori qualora, successivamente alla operazione posta in essere, venga dato seguito alla c.d. continuità dei valori fiscali. Sorge quindi il dubbio se possano tali clausole neutrali essere considerate anti abusive, o meglio, se la neutralità delle clausole sia di per sé sufficiente a rendere opponibili alla A.F. le operazioni poste in essere.

La risposta non può che essere negativa. Nell'abuso del diritto non viene contestata l'operazione in sé, bensì la sequenzialità (anche temporale) delle operazioni poste in essere e, sopra tutto, il risultato ultimo ottenuto. Occorrerebbe un ulteriore *quid pluris* per poter permettere a tali clausole di essere considerate in *re ipsa* anti abusive.

Tale peculiarità è espressamente assegnata al regime fiscale dei soggetti partecipanti al conferimento, disciplinato dall'articolo 176, comma 3, giacché si dispone che “*non rileva ai fini dell'articolo 37-bis del DPR 600/1973 il conferimento di azienda secondo i regimi di continuità dei valori fiscali e la successiva cessione della partecipazione ricevuta per usufruire della esenzione di cui all'articolo 87 o di quella di cui agli artt. 58 e 68, comma 3*”.

Applicando il disposto del sopracitato articolo, si potrebbe effettuare una operazione riorganizzativa attraverso la costituzione di una Newco, successivo conferimento di un ramo di azienda e successiva vendita della partecipazione, senza ricadere nella fattispecie abusiva.

Nella prassi, sono proprio le operazioni di cui sopra le più vessate da parte della A.F. in quanto l'ottenimento del regime di esenzione della plusvalenza, in luogo di una plusvalenza totalmente imponibile, sembrerebbe essere considerato illecito ( **addirittura configurandosi come reato in caso di superamento della soglia di punibilità** ) traducendosi di fatto in un obbligo a carico del contribuente quello di dover pagare l'imposta più onerosa, azzerando le possibilità riconosciute dal legislatore per l'ottenimento del lecito risparmio di imposta.

Purtroppo a oggi l'articolo 176 comma 3 è orfano di ogni autonoma valenza poiché scompare di fronte ad errate interpretazioni amministrative e giurisprudenziali.

Arriviamo quindi agli aspetti salienti di questa ricerca.

### 3.1.5. IL RUOLO DEL PROFESSIONISTA NELLE OPERAZIONI STRAORDINARIE: LE RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVE E PENALI.

I paragrafi precedenti hanno analizzato la punibilità esclusivamente adducibile al comportamento del contribuente, quale effettivo realizzatore delle operazioni abusive.

I piani di riorganizzazione e di ristrutturazione vengono innanzitutto realizzati concettualmente: a monte vi è pertanto il ruolo del consulente (commercialista) quali ideatore della fattispecie<sup>82</sup>.

Diventa pertanto lecito chiedersi se il professionista debba rispondere a livello sanzionatorio della consulenza resa<sup>83</sup> ossia se debba accollarsi delle responsabilità per aver creato il modello organizzativo, confluito poi nella fattispecie eventualmente considerata come abusiva<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup> G.Ripa/A.Lattanzi- “ITALIA OGGI “ – GUIDE PRATICHE – Le responsabilità del professionista.

<sup>83</sup> Fondazione Nazionale dei Commercialisti – Consulenza fiscale dei professionisti e rischio penale : la nuova aggravante di cui all'articolo 13 bis , comma 3, D.lgs.74/2000 – Documento del 30 novembre 2015.

La risposta è sicuramente affermativa. Infatti, il professionista / commercialista soggiace *in primis* alle **sanzioni amministrative** ed all' **eventuale sequestro preventivo** e, in secondo luogo (qualora venga avvalorata l'errata riqualificazione delle operazioni abusive in evasive), **nelle sanzioni penali**, eventualmente in concorso. Questa purtroppo è la realtà in cui gravita la figura del professionista qualora venisse confermata la punibilità ai fini penali delle fattispecie che dovrebbero invece rientrare nell'ambito abusivo.

Non bisogna dimenticare, poi, che il legislatore con la recente riforma dal Decreto legislativo n.158/2015 ha introdotto la nuova aggravante a carico dei professionisti / commercialisti (nella loro veste di consulenti fiscali) inserita nell'articolo 13-bis, comma 3, del Decreto Legislativo n.74/2000.

Dopo l'introduzione nei primi anni '80 della Legge 516 del 07 agosto 1982 nota come "**manette agli evasori**" (oggetto di riforma nel 1991 e successivamente abrogata) possiamo sicuramente affermare con un termine colorito che il legislatore ha introdotto con l'articolo 13-bis le "**manette ai professionisti / commercialisti**", *soprattutto per coloro che svolgono consulenza fiscale*.

Andiamo per gradi, iniziando l'analisi delle sanzioni amministrative a carico dei professionisti / commercialisti.

### 3.1.6. LE RESPONSABILITÀ DI NATURA AMMINISTRATIVA.

Le sanzioni amministrative a cui potrebbe andare incontro il professionista / commercialista sono sicuramente quelle previste dal **Decreto legislativo 472/1997**.

In particolare, sono rinvenibili:

- **Nell'articolo 5, comma 1, secondo periodo**<sup>85</sup> ;
- **Nel concorso ex articolo 9**<sup>86</sup>;
- **Nell'articolo 10 tramite il cosiddetto "autore mediato"**<sup>87</sup>.

Per quanto riguarda la colpevolezza disciplinata dall'articolo 5, comma 1, secondo periodo, il commercialista è passibile di sanzioni amministrative esclusivamente nel caso in cui si dimostri che abbia agito con dolo o colpa grave. Il dolo consiste nella volontà di pregiudicare la determinazione dell'imponibile o dell'imposta, ostacolando l'attività accertativa. La colpa grave, invece, è riconducibile alla inosservanza, per imperizia o negligenza, di una elementare norma tributaria. Ai fini della prova e quindi della sanzione è necessario che l'A.F. sia in grado di dimostrare la sussistenza del dolo o della colpa grave. A tale proposito l'A.F. fa tutt'ora riferimento ad una circolare ministeriale dell'anno 1998<sup>88</sup>. In base a tale circolare **per colpa grave** deve intendersi quando "*le violazioni siano conseguenza di insufficiente attenzione o di inadeguata organizzazione rispetto ai doveri imposti dalla legge fiscale ( negligenza ) ovvero di atteggiamenti o decisioni avventate , assunte cioè senza le cautele consigliate dalle circostanze , nei comportamenti intesi ad adempiere gli obblighi tributari ( imprudenza ) ovvero in una insufficiente conoscenza degli obblighi medesimi che possa però far risalire ad un difetto di diligenza in relazione alla preparazione media riferibile ad un soggetto i cui comportamenti rilevano ai fini fiscali "*. **Per dolo** deve intendersi il dolo specifico ovvero "*la volontà dell'autore della violazione consapevolmente diretta alla evasione*".

La differenza fondamentale tra dolo e colpa grave deve essere rinvenuta nella volontà del soggetto che agisce in modo tale che si avrà colpa grave del professionista / commercialista ove lo stesso abbia agito

---

<sup>84</sup> G.Ripa/A.Lattanzi . Il ( non ) ruolo del professionista. "ITALIA OGGI " – GUIDE PRATICHE – La responsabilità del professionista.

<sup>85</sup> L'articolo 5, comma 1, secondo periodo del D.lsg.472/1997 recita : "*Nelle violazioni punite con sanzioni amministrativa ciascuno risponde della propria azione o omissione , cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa. Le violazioni commesse nell'esercizio di attività di consulenza tributaria e comportanti soluzioni di problemi di speciale difficoltà sono punibili solo in caso di dolo o colpa grave*"

<sup>86</sup> L'articolo 9 del decreto legislativo 472/1997 recita : "*Quando più persone concorrono in una violazione , ciascuna di esse soggiace alla sanzione per questa disposta. Tuttavia , quando la violazione consiste nell'omissione di un comportamento cui sono obbligati in solido più soggetti , è irrogata una sola sanzione e il pagamento eseguito da uno dei responsabili libera tutti gli altri , salvo di diritto di regresso "*.

<sup>87</sup> L'articolo 10 sempre del decreto 472/97 recita : "*Salva l'applicazione dell'articolo 9 chi , con violenza o minaccia o inducendo altri in errore incolpevole ovvero avvalendosi di persona incapace , anche in via transitoria , di intendere o di volere, determina la commissione di una violazione ne risponde in luogo del suo autore materiale.*"

<sup>88</sup> Circolare 180/E/98/110100 – Dipartimento Centrale – Direzione Centrale Accertamento e programmazione.

---

imprudentemente, senza però premeditare l'evasione; si avrà, invece, dolo nel caso in cui lo stesso avesse già a priori la volontà di aiutare nell'evasione e quindi di permettere al contribuente di evadere le imposte.

La creazione quindi di una serie di operazioni di ristrutturazione o riorganizzazione, aventi quale fine ultimo il raggiungimento di un indebito vantaggio fiscale, potrebbe essere interpretato (e possiamo aggiungere provato) dalla A.F. come un atteggiamento imprudente ovvero la volontà di pregiudicare la determinazione dell'imponibile e delle imposte, facendo quindi ricadere il professionista nell'alveo delle sanzioni amministrative. In questo caso la responsabilità amministrativa del professionista / commercialista non è solidale ma personale. Lo stesso dovrà quindi rispondere in proprio per l'intero ammontare delle sanzioni che gli verranno irrogate.

Inoltre, il professionista / commercialista non risponde solo quale semplice fornitore della consulenza "evasiva-abusiva" ma potrebbe anche rispondere per concorso con il contribuente in base a quanto previsto dall'articolo 9 del decreto legislativo 472/1997 qualora lo abbia istigato o sia stato d'accordo con lui per la violazione delle norme tributarie o, ancora, qualora ricorrano gli elementi soggettivi del dolo e della colpa grave.

Una ulteriore sanzione amministrativa a cui potrebbe essere esposto il professionista / commercialista è quella relativa al cosiddetto "autore mediato" prevista dal successivo articolo 10 del Decreto legislativo citato. Tale sanzione andrebbe il colpire il professionista quale effettivo realizzatore dell'illecito qualora abbia strumentalizzato il contribuente, rendendolo l'esecutore del reato. In quest'ultima fattispecie il contribuente, essendo ignaro delle conseguenze, avrebbe posto in essere operazioni in buona fede. La mala fede sarebbe invece completamente a carico del professionista / commercialista.

Non bisogna dimenticare, infine, sempre nell'analisi delle sanzioni amministrative a carico del professionista / commercialista l'articolo 22<sup>89</sup> dello stesso decreto più volte citato. L'Amministrazione finanziaria può richiedere a carico del professionista il sequestro preventivo finalizzato alla confisca qualora ravvisi il pericolo di perdere la garanzia del proprio credito.

Passiamo ora all'aspetto più critico della nostra professione ovvero alle **sanzioni penali**.

### **3.1.7. LE RESPONSABILITÀ DI NATURA PENALE<sup>90</sup>**

Prima di analizzare la nuova aggravante di cui all'articolo 13 bis comma 3, Decreto Legislativo 74/2000 in vigore dal 22 ottobre 2015 per effetto del D.LGS.158/2015, che rappresenta ovviamente la novità più eclatante per quanto riguarda le responsabilità penali del professionista/ commercialista nella sua veste di

---

<sup>89</sup> L'articolo 22 D.lgs. 472/1997 – Ipoteca e sequestro conservativo – recita : “ 1. In base all'atto di constatazione , al provvedimento di irrogazione della sanzione o al processo verbale di constatazione e dopo la loro notifica , l'ufficio o l'ente , quando ha fondato timore di perdere la garanzia del proprio credito , può chiedere , con istanza motivata , al presidente della Commissione Tributaria provinciale l'iscrizione di ipoteca sui beni del trasgressore e dei soggetti obbligati in solido , e l'autorizzazione a procedere , a mezzo di ufficiale giudiziario , al sequestro conservativo dei loro beni , compresa l'azienda. A tal fine l'Agenzia delle Entrate si avvale anche del potere di cui agli articoli 32, primo comma, numero 7) del Decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973 n.600 e successive modificazioni e 51, secondo comma , numero 7) del Decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972 n.633 e successive modificazioni. 2. Le istanze di cui al comma 1 devono essere notificate , anche tramite il servizio postale ,alle parti interessate , le quali possono entro venti giorni dalla notifica , depositare memorie e documenti difensivi. 3. Il presidente , decorso il termine di cui al comma 2, fissa con decreto la trattazione della istanza per la prima camera di consiglio utile , disponendo che ne sia data comunicazione alle parti almeno dieci giorni prima. Nel caso in cui la notificazione debba effettuarsi all'estero , il termine è triplicato. La commissione decide con sentenza. 4. Quando la convocazione della controparte potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento , il presidente provvede con decreto motivato assunte ove occorra sommarie informazioni. In tal caso fissa , con lo stesso decreto , la camera di consiglio entro un termine non superiore a trenta giorni assegnando all'istante un termine perentorio non superiore a quindici giorni per la notificazione del ricorso e del decreto. A tale udienza la commissione , con ordinanza , conferma, modifica o revoca i provvedimenti emanati con decreto. 5. Abrogato. 6. Le parti interessate possono prestare , in corso di giudizio , la garanzia di cui all'articolo 69, comma 2, del decreto legislativo 31 dicembre 1992 n.546. In tal caso l'organo dinanzi al quale è in corso il procedimento può non adottare ovvero adottare solo parzialmente il provvedimento richiesto. 7. I provvedimenti cautelari pronunciati perdono efficacia ai sensi del comma 1 : a) se non sono eseguiti nel termine di sessanta giorni dalla comunicazione ; b) se , nel termine di centoventi giorni dalla loro adozione , non viene notificato atto impositivo , di contestazione o di irrogazione ; in tale caso , il presidente della commissione su istanza di parte e sentito l'ufficio o l'ente richiedente , dispone la cancellazione dell'ipoteca; c) a seguito della sentenza , anche non passata in giudicato , che accoglie il ricorso avverso gli atti di cui alla lettera b). La sentenza costituisce titolo per la cancellazione dell'ipoteca. In caso di accoglimento parziale , su istanza di parte , il giudice che la pronunciato la sentenza riduce proporzionalmente l'entità della iscrizione o del sequestro; se la sentenza è pronunciata dalla Corte di Cassazione , provvede il giudice la cui sentenza è stata impugnata con ricorso per cassazione.

<sup>90</sup> Fondazione Nazionale dei Commercialisti – Consulenza fiscale dei professionisti e rischio penale : la nuova aggravante di cui all'articolo 13 bis , comma 3, D.LGS.74/2000- DOCUMENTO DEL 30 NOVEMBRE 2015.

consulente fiscale, è opportuno effettuare una breve analisi di tutte le sanzioni penali alle quali lo stesso può essere sottoposto.

Nell'eventualità infatti che continui a regnare l'incertezza in merito alla distinzione tra fattispecie abusive e evasive ovvero che il concetto di simulazione non venga associato ai " *fatti apparenti o riferiti a soggetti fittiziamente interposti* " , bensì alla realizzazione di un diverso fine rispetto a quello inizialmente preventivato , per il tramite di operazioni effettivamente poste in essere <sup>91</sup>, il professionista può o meglio potrebbe essere sanzionato a livello penale a **titolo di concorso**. Gli articoli di riferimento diventano pertanto gli artt.71 e seguenti del codice penale per il cosiddetto "**concorso materiale**" e gli artt.81 e seguenti sempre del codice penale per il cosiddetto "**concorso formale**".

Il **concorso materiale** si ha quando si compiono più reati con una sola condotta commissiva ovvero omissiva; il **concorso formale** invece si ha quando si compiono più reati ma con più condotte commissive ovvero omissive. La differenza non è di poco conto perché influisce sul calcolo delle sanzioni irrogate dal Giudice. Per il concorso formale la base di partenza per il calcolo è costituita dalla pena del reato più grave, aumentata fino al triplo; per il concorso materiale si procede, invece, alla somma delle pene dei singoli reati, rispettando i limiti massimi previsti.

In ambito penale, a titolo di concorso (vedi in particolare articolo 9 del decreto legislativo 74/2000 <sup>92</sup>) , qualora venisse superata la "soglia di punibilità", al commercialista non verrebbe comminata la sola sanzione amministrativa consistente nella irrogazione di sanzioni ed interessi , ma si aggiungerebbe anche **la reclusione**.

Il concorso nel reato tributario è ulteriormente aggravato dalla figura del professionista / commercialista quale **consulente fiscale** (vedi in particolare l'aggravante ex articolo 13-bis- comma 3- D.lgs.74/2000, che commenteremo ampiamente in seguito. Tale norma prevede che le pene del CAPO II siano aumentate della metà in quanto il professionista viene ritenuto l'artefice di avere elaborato prima e "commercializzato" poi, il cosiddetto modello di evasione fiscale o meglio il modello "seriale" di evasione fiscale.

Ai sensi dell'articolo 12-bis del D.lgs.74/2000<sup>93</sup> (che opera prima della condanna), l'amministrazione finanziaria potrebbe richiedere nei confronti del professionista il **sequestro preventivo finalizzato alla confisca**. Ciò vuol dire che tale strumento cautelare è esperibile già dal momento in cui il professionista venga iscritto nel registro degli indagati una volta che al P.M. venga inoltrata la cosiddetta *notitia criminis*. Il sequestro preventivo può essere richiesto per l'intero ammontare del reato a ciascuno soggetto partecipante al reato. Il professionista si troverebbe quindi a dover rispondere con tutto il proprio patrimonio personale per il profitto del reato o, ove questo non sia rinvenibile, per il prezzo del reato. Traducendo in concreto quanto sopra, il superamento della soglia per infedele dichiarazione di cui all'articolo 4<sup>94</sup> del D.lgs.74/2000 comporterebbe dapprima l'irrogazione della sanzione amministrativa dal 90% al 180% della maggiore imposta dovuta (più gli interessi) ed inoltre la sanzione penale consistente nella reclusione da uno a tre anni, che a sua volta verrebbe aumentata della metà data la figura di consulente fiscale.

---

<sup>91</sup> G.Ripa / A.Lattanzi – ITALIA OGGI – OPERA GIA' CITATA

<sup>92</sup> L'articolo 9 del D.lgs.74/2000 recita : " 1) In deroga all'articolo 110 del codice penale : a) l'emittente di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti e chi concorre con il medesimo non è punibile a titolo di concorso nel reato previsto dall'articolo 2; b) chi si avvale di fatture ed altri documenti per operazioni inesistenti e chi concorre con il medesimo non è punibile a titolo di concorso nel reato previsto dall'articolo 8.

<sup>93</sup> L'articolo 12-bis recita invece :1. Nel caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale per uno dei delitti previsti dal presente decreto , è sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto o il prezzo, salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, quando essa non è possibile , la confisca di beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a tale prezzo o profitto; 2.La confisca non opera per la parte che il contribuente si impegna a versare all'erario anche in presenza di sequestro. Nel caso di mancato versamento la confisca è sempre disposta.

<sup>94</sup> L'articolo 4 sempre del decreto citato recita invece : 1.Fuori dei casi previsti dagli articoli 2 e 3 , è punito con la reclusione da uno a tre anni chiunque , al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, indica in una delle dichiarazioni annuali relative a dette imposte elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo o elementi passivi inesistenti , quando , congiuntamente : a) l'imposta evasa è superiore , con riferimento a talune delle singole imposte, a euro centocinquantomila ; b) l'ammontare complessivo degli elementi attivi sottratti all'imposizione , anche mediante indicazione di elementi passivi inesistenti , è superiore al 10% dell'ammontare complessivo degli elementi attivi indicati in dichiarazione o , comunque è superiore a euro tre milioni ; 1-bis ( omissis ) ; 1-ter ( omissis).



Non bisogna dimenticare, infine, che i reati tributari (come anche la bancarotta fraudolenta) sono reati presupposti di altri reati ed in particolare dei seguenti:

- **Autoriclaggio ex articolo 648 ter 1 Codice Penale**, qualora i proventi del reato tributario vengano reimpiegati nel reato presupposto commesso direttamente o in concorso dal professionista;
- **Riciclaggio ex articolo 648-bis Codice Penale**, qualora il professionista reimpieghi i proventi del reato tributario commesso esclusivamente da altro soggetto.

Infine, il professionista può concorrere quale estraneo nel reato di autoriciclaggio, anche senza che gli sia stato contestato anteriormente il reato presupposto se, essendo a conoscenza di operazioni sospette (e questo è inevitabile nel caso del consulente) non abbia proceduto all'obbligo di comunicazione sulla base di quanto previsto dalla normativa sull'antiriciclaggio.

Prima di concludere il presente lavoro, passiamo quindi all'analisi approfondita ed al commento del "famigerato" **articolo 13-bis – comma 3 – Decreto legislativo 74/2000** ovvero la nuova aggravante posta a carico del professionista / commercialista nella sua veste di **consulente fiscale**.

Con il decreto legislativo 158 del 24 settembre 2015, entrato in vigore il successivo 22 ottobre, il legislatore ha portato a termine il riordino della materia penale tributaria, previsto dalla legge delega 23/2014 nell'ambito di una ben più ampia riorganizzazione del sistema fiscale. Come evidenziato nei paragrafi precedente della presente ricerca, già in precedenza, con il decreto legislativo n.128 del 5 agosto 2015, lo stesso legislatore era intervenuto sullo Statuto dei diritti del contribuente sancendo, al nuovo articolo 10-bis, l'irrelevanza penale delle condotte ritenute elusive o di abuso del diritto, che avevano fatto tanto discutere in termini di certezza, di tassatività e di sufficiente determinatezza delle fattispecie di reato. Tra le diverse novità contenute nel d.lgs.158/2015 vi è però una disposizione che interessa molto da vicino i professionisti e soprattutto i commercialisti. Il legislatore ha, infatti, autonomamente deciso di introdurre al **comma 3 del nuovo articolo 13-bis del d.lgs.74/2000** una circostanza aggravante ad effetto speciale, con la quale viene stabilito che le pene previste *“per i delitti di cui al titolo II sono aumentate della metà se il reato è commesso dal concorrente nell'esercizio dell'attività di consulenza fiscale svolta da un professionista o da un intermediario finanziario o bancario attraverso l'elaborazione o la commercializzazione di modelli di evasione fiscale”*.

Per dovere e correttezza di informazione occorre osservare che il riferimento al consulente fiscale è del tutto generico, non rivenendosi l'obbligo per il professionista soggetto a tale aggravante di essere iscritto ad alcun albo professionale ( quale ad esempio quello dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili o quello degli Avvocati ), essendo sufficiente l'aver prestato in maniera continuativa consulenza fiscale, anche senza disporre di alcun titolo di studio e titolo di abilitazione professionale.

La circostanza aggravante prevista dal citato articolo 13-bis (la cui portata applicativa appare incerta ed indeterminata) aumenta sensibilmente il già elevato coefficiente di rischio da reato per il libero professionista.

L'aggravante si applica al soggetto che abbia concorso nella commissione del reato prestando la propria attività di consulenza fiscale in qualità di professionista, di intermediario finanziario o bancario. La *ratio*<sup>95</sup> dell'aggravamento di pena sembrerebbe abbastanza chiara: si intende colpire in maniera più severa chi concorre alla realizzazione del reato sfruttando il ruolo e le competenze professionali. Ai fini dell'aggravamento di pena non è sufficiente che si sia prestata un'attività di consulenza fiscale, ma è necessario che tale attività di concretizzi nell'elaborazione o nella commercializzazione di **“MODELLI DI EVASIONE FISCALE”**.

Prima di approfondire il concetto di “modelli di evasione fiscale” appare opportuno sottolineare che, come già anticipato, la semplice attività di consulenza *“deviata”* non sembra a parere di autorevoli autori integrare gli estremi dell'aggravante in esame.

---

<sup>95</sup> Vedi nuovamente Prof.Davide Terracina – Documento del 30 novembre 2015 – Fondazione Nazionale dei Commercialisti

Questo vuol dire che l'aggravamento di pena non troverà applicazione nelle seguenti ipotesi:

- 1) Qualora il reato sia commesso in concorso dal consulente fiscale che non abbia elaborato un modello di evasione;
- 2) Qualora il reato venga commesso utilizzando un modello di evasione fornito da un soggetto che, però, non svolga attività di consulenza.

Dopo questa breve premessa, è chiaro che l'elemento determinante della aggravante introdotta nel nostro ordinamento è rappresentata dai cosiddetti **“modelli di evasione fiscale”**. Diventa importante capire cosa intende o cosa intendeva il legislatore per modelli di evasione fiscale.

A tale proposito ci sembra opportuno riportare integralmente quanto affermato dal Prof. Davide Terracina nel Documento della Fondazione Nazionale dei Commercialisti,<sup>96</sup> più volte citata nel presente lavoro” .....Già il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, con una nota del 27 luglio scorso (leggi anno 2015), aveva criticato la bozza del decreto legislativo elaborata dal Governo, lamentando **l'eccessiva vaghezza del dettato normativo**. In effetti, apparentemente, non è dato sapere in che cosa esattamente consista un **“modello di evasione”**. Ancora una volta possiamo fare ricorso al dizionario della lingua italiana che definisce il modello come un **esemplare perfetto, da imitare o degno di essere imitato**; e anche uno **schema teorico elaborato in varie scienze e discipline**<sup>97</sup>. Possiamo allora sostenere – prosegue il Professor David Terracina – che il **modello di evasione sia uno schema teorico di comportamento evasivo elaborato dal consulente ed idoneo ad essere replicato in un numero indeterminato di casi (modello seriale)**. Lo stesso Governo in una prima bozza di decreto aveva ipotizzato di inserire la formula **“modelli seriali di evasione”**, poi improvvisamente abbandonata, che forse avrebbe contribuito ad una maggiore chiarezza. Il richiamo alla serialità avrebbe, infatti, da una parte circoscritto il perimetro dell'aggravante in esame e , dall'altra , avrebbe anche ulteriormente giustificato il previsto aggravamento di pena. Un dato comunque rimane certo: la grande discrezionalità lasciata dal legislatore al giudice nella applicazione della circostanza in esame”.

L'elemento comunque discriminante tra l'elusione (teoricamente sanzionata solo in via amministrativa) e l'evasione penalmente rilevante, nonostante le importanti modifiche introdotte dal Decreto legislativo n.158/2015 (vedi in particolare l'articolo 4 del D.lgs.74/2000 che è stato parzialmente riscritto con l'inserimento del comma 1 bis<sup>98</sup>) continua a non essere tracciato nettamente e viene quindi demandato alla sensibilità dell'interprete.

Secondo importanti Autori la sostanziale differenza tra evasione ed elusione deve essere rinvenuta nella **fraudolenza** o meno delle condotte poste in essere dal contribuente. Sempre secondo il Prof. Davide Terracina<sup>99</sup> è proprio in relazione a tale criterio distintivo che deve essere ricercato il significato della espressione **“modelli di evasione”**. Infatti, per modello di evasione non può che intendersi uno **schema fraudolento predisposto dal professionista per consentire al proprio cliente, in concorso con esso, di sottrarsi agli obblighi tributari**. Tutte le volte, invece, in cui lo schema sia solamente “elusivo”, consentendo quindi al contribuente di sottrarsi ai propri obblighi d'imposta senza che via sia l'impiego di mezzi fraudolenti (ovvero operazioni simulate oggettivamente e soggettivamente), non vi è ovviamente reato.

A quanto indicato in precedenza occorre aggiungere una ulteriore considerazione legata all'elemento psicologico che deve necessariamente sorreggere la circostanza aggravante in esame, oltre, alla sussistenza del cosiddetto **dolo del concorso**. Infatti, l'articolo 59 C.P. prevede che le circostanze che aggravano la pena

---

<sup>96</sup> IDEM COME SOPRA.

<sup>97</sup> IDEM COME SOPRA – VOCABOLARIO LINGUA ITALIANA “ZANICHELLI”.

<sup>98</sup> L'articolo 4 comma 1 bis del D.lgs.74/2000 recita infatti : *“ Ai fini dell'applicazione della disposizione del comma 1, non si tiene conto della non corretta classificazione , della valutazione di elementi attivi o passivi oggettivamente esistenti, rispetto ai quali i criteri concretamente applicati sono stati comunque indicati nel bilancio ovvero in altra documentazione rilevante ai fini fiscali , della violazione dei criteri di determinazione dell'esercizio di competenza , della non inerenza , della non deducibilità di elementi passivi reali”*.

<sup>99</sup> Documento Fondazione Commercialista , già ampiamente citato.

possono essere valutate a carico dell'agente soltanto se da lui conosciute ovvero ignorate per colpa o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa. Ai fini quindi della applicazione dell'aggravante in esame sarà necessario che il consulente agisca nella consapevolezza di proporre al proprio cliente un modello di evasione e non di semplice elusione.

Per quanto riguarda i soggetti cui l'aggravante in esame può essere applicata, nella norma si fa riferimento ai "professionisti" ma anche agli "intermediari finanziari o bancari". La domanda che si è posta la dottrina più autorevole è se la norma si riferisca esclusivamente a soggetti iscritti ad un albo professionale ovvero anche a soggetti che, di fatto, si trovino nella medesima posizione. In particolare se il rapporto tra consulente e professionista riguardi solamente professionisti iscritti ad un albo (così come previsto dall'articolo 2229 c.c.) ovvero se la norma si riferisca solo a coloro che, ai sensi dell'articolo 7, comma II D. Lgs. 241/97, sono abilitati dalla Agenzia delle Entrate alla trasmissione delle dichiarazioni.

Come già evidenziato in precedenza la *ratio* della norma relativa all'aggravamento di pena va ricercata non solo nel particolare rapporto che si viene ad instaurare tra il contribuente ed il professionista, ma anche e soprattutto nelle particolari capacità e competenze tecniche che il professionista pone illecitamente al servizio del proprio cliente. Inoltre, come evidenziato in precedenza, nella serialità delle condotte poste in essere dal professionista il quale può anche arrivare a commercializzare modelli di evasione fiscale. Proprie per queste ragioni, ai fini dell'aggravante in esame, appare del tutto irrilevante ed indifferente se il professionista sia o meno iscritto ad un albo professionale.

Su questo argomento è estremamente interessante una recente pronuncia della Suprema Corte di Cassazione (**Sentenza n.1999/2018 – Cassazione Penale – Sezione III**), che andremo brevemente a commentare.<sup>100</sup>

Questa pronuncia riguardava il ricorso proposto dall'imputato contro l'ordinanza del Tribunale del riesame. Il Tribunale aveva infatti accolto l'appello cautelare, proposto dal Procuratore della Repubblica, avverso il provvedimento con cui il Giudice per le indagini preliminari respingeva la richiesta di sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente. L'imputato era il **consulente fiscale** di una società, nonché domiciliatario di varie società beneficiarie dell'indebita compensazione di crediti inesistenti, che avrebbe ideato e commercializzato "**modelli di evasione fiscale**", attraverso cui sarebbero stati commessi più reati di compensazione di crediti tributari inesistenti per un totale di 42 milioni di euro, attraverso l'accollo del debito tributario riferibile a soggetti terzi.

La Cassazione con la sentenza oggetto di commento ha sancito ben quattro principi in un colpo solo per quanto riguarda l'aggravante ex articolo 13-bis e la responsabilità penale del consulente fiscale:

- **Principio n.1:** *"Integra il delitto di indebita compensazione di cui all'articolo 10-quater, D.lgs. 10 marzo 2000 n.74, il pagamento di debiti fiscali mediante compensazione con crediti di imposta a seguito del c.d. "accollo fiscale" ove commesso attraverso l'elaborazione o la commercializzazione di modelli di evasione fiscale, in quanto l'articolo 17 del D.lgs.241/97 non solo prevede il caso dell'accollo, ma richiede che la compensazione avvenga unicamente tra medesimi soggetti";*
- **Principio n.2:** *"In tema di reati tributari, è responsabile a titolo di concorso il consulente fiscale per la violazione tributaria commessa dal cliente (nella specie, per il delitto di indebita compensazione), quando il primo sia l'ispiratore della frode, ed anche se solo il cliente abbia beneficiato della operazione fiscalmente illecita";*
- **Principio n.3:** *" In tema di reati tributari , ai fini della configurabilità dell'aggravante nel caso in cui il reato è commesso dal concorrente nell'esercizio dell'attività di consulenza fiscale svolta da un professionista o da un intermediario finanziario o bancario attraverso l'elaborazione e commercializzazione di modelli di evasione fiscale ( articolo 13-bis , comma 3, D.lgs.74/2000), è richiesta una particolare modalità della condotta , ovverosia la " serialità " che , se pur non prevista espressamente nell'articolo , è desumibile dalla locuzione.....elaborazione e commercializzazione*

---

<sup>100</sup> F.Graziotto. " Diritto.it " – Reati tributari : dalla Cassazione , quattro principi in un colpo solo.

di modelli di evasione....., rappresentativa di una certa abitudine e ripetitività della condotta incriminata”;

- **Principio n.4:** “ In tema di reati tributari , il sequestro preventivo per equivalente , in vista della confisca previsto dall’articolo 12-bis del D.lgs.74/2000, può essere disposto , entro i limiti quantitativi del profitto , indifferentemente nei confronti di uno o più degli autori della condotta criminosa , non essendo esso ricollegato all’arricchimento personale di ciascuno dei correi bensì alla corresponsabilità di tutti nella commissione dell’illecito ( nella specie la Suprema Corte ha ritenuto legittimo il sequestro disposto nei confronti del consulente fiscale ispiratore del meccanismo fraudolento attuativo del c.d. acollo fiscale , integrante il reato di indebita compensazione ”.

Non vi è dubbio che nell’elaborare la circostanza aggravante in esame il legislatore avesse bene in mente alcuni episodi eclatanti che hanno visto coinvolti prestigiosi studi di consulenza tributaria.

Sempre secondo un autorevole autore<sup>101</sup> *quello che deve preoccupare è la tendenza mostrata da buona parte della giurisprudenza a sostituirsi al legislatore o, addirittura, a prevaricarlo, tutte le volte in cui viene avvertita la necessità di colmare delle presunte lacune di tutela, con un’opera di supplenza giudiziaria del tutto contraria al principio di legalità. A fronte di ciò, il rispetto dei diritti fondamentali del diritto penale costituzionalmente garantiti , nonché lo spirito della riforma del diritto penale tributario in attuazione della legge delega 23/2014, dovrebbero condurre ad un’interpretazione della circostanza aggravante in esame che ne circoscriva la portata applicativa solamente a quelle ipotesi , come i citati casi di cronaca , **in cui effettivamente il consulente fiscale concorra con il cliente fornendo a questo uno strumento fraudolento di evasione , e non semplicemente elusivo, idoneo ad essere ripetuto nel tempo in un numero indeterminato di casi “.***

Per concludere il presente elaborato ci sembra opportuno riportare un esempio pratico <sup>102</sup> (tratto dalla Guida PRATICA “ITALIA OGGI “ , ampiamente citata nella presente ricerca <sup>103</sup>) per capire meglio e riepilogare le responsabilità del professionista conseguenti ad operazioni poste in essere dal contribuente che in seguito potrebbero essere qualificate come abusive o ancora peggio come evasive.

**ESEMPIO PRATICO DI OPERAZIONE POSTA IN ESSERE E RESPONSABILITA’ DEL PROFESSIONISTA / COMMERCIALISTA:**

**OPERAZIONE DI CONFERIMENTO DI BENI IMMOBILI O DI AZIENDA IN UNA NEWCO ALL’UOPO COSTITUITA, CON SUCCESSIVA VENDITA DELLE PARTECIPAZIONI NELLA NEWCO STESSA.**

Nel caso di ri/qualificazione della operazione come abusiva, il professionista / commercialista potrebbe rispondere:

- **In proprio per colpa grave o dolo;**
- **Quale concorrente nell’illecito amministrativo;**
- **Quale autore mediato, qualora strumentalizzi il contribuente nel compimento dell’operazione;**
- **In ognuno dei casi sopra descritti, potrebbe vedere i propri beni personali sottoposti a sequestro preventivo.**
- **Ipotizzando poi una ripresa a tassazione per euro 1.000.000, il professionista potrebbe vedersi irrogare sanzioni da euro 900.000 ad euro 1.800.000 oltre i relativi interessi e, ove l’A.F. abbia fondato timore di perdere la garanzia del proprio credito, potrebbe subire il sequestro preventivo per equivalente sempre sui propri beni personali;**
- **Sempre nel caso della medesima operazione (CONFERIMENTO DI BENI IMMOBILI O DI AZIENDA IN UNA NEWCO, CON SUCCESSIVA RIVENDITA DELLA PARTECIPAZIONE)**

---

<sup>101</sup> Prof.Terracina. OPERA CITATA.

<sup>102</sup> Vedi nuovamente “Le Responsabilità del Professionista” – ITALIA OGGI – AUTORI GIÀ CITATI.

<sup>103</sup> IDEM COME SOPRA.

, ma che a monte abbia avuto un qualsiasi atto / fatto connotante la volontà di realizzare un diverso fine da quello formalmente realizzato , l'operazione potrebbe essere ( erroneamente ) qualificata come evasiva e quindi il professionista potrebbe rispondere , oltre alle sopra menzionate sanzioni amministrative, anche in campo PENALE ovvero :

- **Concorrere, ai sensi dell'articolo 9 del decreto legislativo 74/2000, quale ideatore del reato di infedele dichiarazione di cui all'articolo 4 del medesimo decreto;**
- **Subire l'aumento della pena in qualità di consulente fiscale che abbia ideato e commercializzato il modello di evasione fiscale di cui all'articolo 13-bis, comma 3, del medesimo decreto;**
- **Vedere i propri beni sottoposti a sequestro preventivo finalizzato alla confisca ex articolo 12-bis del medesimo decreto;**
- **Incombere nel concorso del reato di autoriciclaggio qualora non abbia ottemperato ai relativi obblighi di segnalazione;**
- **Soggiacere, stante il disposto dell'articolo 110 c.p. per in caso di concorso ogni soggetto partecipante al reato soggiace individualmente alla pena per questo prevista;**
- **Ipotizzando nuovamente una ripresa a tassazione per euro 1.000.000 e supponendo quindi una contestazione per infedele dichiarazione pari proprio ad euro 1.000.000 (superiore rispetto alla soglia di punibilità), il professionista dovrà anche rispondere in proprio per:**
- **In caso di dolo o colpa grave, concorso o autore mediato, alle sanzioni amministrative da euro 900.000 ad euro 1.800.000;**
- **Reclusione da 1 a 3 anni, con pena aumentata della metà;**
- **Qualora ricorrano i presupposti per il reato di autoriciclaggio, la multa da euro 5 mila ad euro 25 mila, più la reclusione da 2 a 8 anni;**
- **Qualora ricorrano, invece, i presupposti per il reato di riciclaggio, multa da mille a 15 mila euro, più la reclusione da 4 a 12 anni.**

Nell'esempio proposto, è stato ipotizzato il concorso materiale da parte del professionista / commercialista, di cui agli artt.71 e seguenti del codice penale, pertanto le pene a lui comminate, reclusione per infedele dichiarazione e autoriciclaggio e riciclaggio, verranno cumulate, rispettando in ogni caso i limiti massimi previsti

## **3.2. INTERPELLO - ASPETTI PROCEDURALI E ASPETTI SOSTANZIALI. – (Laura Ceccherini).**

### **3.2.1. QUADRO NORMATIVO.**

Con il nuovo articolo 10 bis dello Statuto del contribuente è stata introdotta nel nostro sistema tributario, ad opera del D.Lgs 128/2015 la nozione di “abuso del diritto” istituito giurisprudenziale in base al quale “configurano abuso del diritto una o più operazioni prive di sostanza economica che pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi indebiti”.

In linea di continuità con tale disposizione, l'art. 11 comma 1 lett. c) della L. 212/2000 disciplina la possibilità per il contribuente di interpellare l'Amministrazione Finanziaria per ottenere una risposta riguardante l'applicazione ad una specifica fattispecie della disciplina sull'abuso del diritto (il così detto “interpello anti abuso”) e per conoscere quindi preventivamente se, a parere dell'Amministrazione Finanziaria, l'operazione che il contribuente intende realizzare integri o meno una fattispecie abusiva.<sup>104</sup>

L'interpello è dunque un'istanza che il contribuente, prima di attuare un comportamento fiscalmente rilevante, rivolge all'Agenzia delle Entrate per ottenere una risposta riguardante un caso concreto e personale in merito alla interpretazione, all'applicazione o disapplicazione di norme di legge di varia natura relativa a tributi erariali.

---

<sup>104</sup> G. Valente “L'interpello antielusivo confluisce nell'abuso del diritto” Eutekne del 02.4.16



Il percorso di rinnovamento dell'istituto dell'interpello è iniziato con la Legge Delega 23/2014 che dava mandato al Governo di revisionare la disciplina degli interpelli cercando di realizzare un sistema più omogeneo, chiaro e tempestivo.

E' nato così il c.d. "decreto interpelli" vale a dire il D. Lgs. N. 156 del 24/9/2015 pubblicato nella G.U. n. 233 del 7/10/2015.

### **3.2.2. TIPOLOGIE DI INTERPELLO.**

Il D. Lgs. 156/2015, riformulando l'art. 11 dello statuto del contribuente, riunisce sotto un'unica disposizione le diverse forme assunte nel tempo da tale strumento, definito "deflativo del contenzioso"<sup>105</sup>.

Per effetto di tale decreto, esistono ora quattro diverse tipologie di interpello:

- *L'interpello ordinario* (art. 11, comma 1 lett. a) con il quale ogni contribuente può chiedere un parere in ordine all'applicazione delle disposizioni tributarie di incerta interpretazione riguardo un caso concreto e personale nonché chiedere chiarimenti in ordine alla corretta qualificazione di determinate fattispecie (c.d. interpello qualificatorio) sempre che ricorra obiettiva incertezza
- *L'interpello probatorio* (art. 11, comma 1 lett. b) con il quale il contribuente può chiedere un parere in ordine alla sussistenza delle condizioni o all'idoneità degli elementi di prova chiesti dalla legge per accedere a determinati regimi fiscali nei casi espressamente previsti;
- *L'interpello antiabuso* (art. 11, comma 1, lettera c) che consente al contribuente di interpellare l'Amministrazione finanziaria al fine di acquisire un parere riguardante una fattispecie concreta e personale relativamente all'applicazione della disciplina dell'abuso del diritto;
- *L'interpello disapplicativo* (art. 11, comma 2) che costituisce ora l'unica tipologia di interpello obbligatorio e con il quale il contribuente può ottenere un parere sulla disapplicazione di norme che, allo scopo di contrastare comportamenti elusivi, limitano deduzioni, detrazioni, crediti di imposta se viene fornita la dimostrazione che detti effetti elusivi non potranno verificarsi.

### **3.2.3. PROFILI PROCEDURALI.**

Il D. Lgs. 156/2015 all'art. 11 commi 3 e segg. e il Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate n. 27 del 4/1/2016 definiscono le regole procedurali relative alla presentazione delle istanze di interpello.

### **3.2.4. DEFINIZIONE E OGGETTO DELL'INTERPELLO ANTIABUSO.**

In relazione alla specifica fattispecie dell'interpello anti abuso, il D. Lgs. 156/2015 ha previsto la possibilità per il contribuente di chiedere un parere in relazione all'applicazione "della disciplina dell'abuso del diritto ad una specifica fattispecie".<sup>106</sup>

La nuova disciplina consente di presentare istanze di interpello in relazione a tutte le ipotesi di abuso, contestabili per qualsiasi tributo dall'Amministrazione Finanziaria in base alla norma generale recata dall'art. 10 bis dello Statuto del contribuente e non più quindi in relazione alle sole operazioni di riorganizzazione societaria contemplate dall'abrogato art. 37 bis comma 3 del DPR 600/1973.

D'altro canto, come rilevato dalla Circolare Agenzia delle Entrate n. 9 del 1/4/2016, non possono essere oggetto dell'interpello antiabuso fattispecie di interposizione ai sensi dell'art. 37 comma 3 del DPR 600/1973, in relazione alle quali è possibile presentare un interpello ordinario, né questioni relative alla qualificazione di determinati costi quali quelli di pubblicità, propaganda o rappresentanza (che andranno sottoposte all'Amministrazione finanziaria attraverso istanze di interpello qualificatorio).<sup>107</sup>

---

<sup>105</sup> P. Paolo Ceroli, Il Sole 24 Ore norme e tributi del 8/3/2016

<sup>106</sup> art. 11 comma 1 lettera C dello statuto dei diritti del contribuente

<sup>107</sup> M. Antonini, P. Piantravigna "Approfondimenti di diritto bancario- recenti novità legislative sulla disciplina degli interpelli del contribuente" maggio 2016

E G. Valente "L'interpello antielusivo confluisce nell'abuso del diritto" Eutekne del 02.4.16

---

### **3.2.5. CONTENUTO DELL'INTERPELLO ANTIABUSO.**

In generale, l'istanza di interpello deve contenere<sup>108</sup> :

- i dati identificativi dell'istante ed eventualmente del suo legale rappresentante, compreso il codice fiscale;
- l'indicazione del tipo di istanza di interpello proposta;
- la circostanziata e specifica descrizione della fattispecie in relazione alla quale il parere è richiesto;
- la documentazione considerata essenziale a tali fini;
- l'indicazione delle specifiche disposizioni di cui si richiede l'interpretazione, l'applicazione o la disapplicazione;
- l'esposizione, in modo chiaro ed univoco, della soluzione proposta;
- l'indicazione del domicilio e dei recapiti anche telematici dell'istante o dell'eventuale domiciliatario presso il quale devono essere effettuate le comunicazioni dell'amministrazione e deve essere comunicata la risposta;
- la sottoscrizione dell'istante o del suo legale rappresentante ovvero del procuratore generale o speciale. In questo ultimo caso, se la procura non è contenuta in calce o a margine dell'atto, essa deve essere allegata allo stesso.

Nel caso in cui le istanze siano carenti dei dati sopra indicati - diversi da quelli relativi alla identificazione dell'istante e alla descrizione puntuale della fattispecie - l'ufficio invita alla regolarizzazione il contribuente, il quale deve provvedere a fornire e far pervenire entro 30 giorni le informazioni che si assumono carenti.

In particolare poi, riguardo alla fattispecie dell'interpello anti abuso, la circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 9/2016 precisa che, proprio in considerazione del fatto che, come già accennato, il concetto di abuso ha portata generale, declinabile per qualunque fattispecie ed in relazione a qualunque settore impositivo, le istanze non potranno "genericamente limitarsi a chiedere il parere dell'Agenzia in ordine alla abusività di una determinata operazione o fattispecie" ma dovranno riportare in dettaglio<sup>109</sup>:

- Gli elementi qualificanti l'operazione;
- Il settore impositivo rispetto al quale l'operazione pone il dubbio applicativo;
- Le norme di riferimento;
- Le "valide ragioni extrafiscali non marginali anche di ordine organizzativo o gestionale che rispondono a finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa ovvero dell'attività professionale del contribuente" che consentono di qualificare l'operazione come non abusiva ai sensi dell'art. 10 bis comma 3 della L. 212/2000.

Il contribuente è tenuto a circostanziare l'istanza, le correlate motivazioni e le incertezze giuridiche su cui la stessa è sorretta, specificando anche il settore per il quale si invoca l'esame preventivo del Fisco.

### **3.2.6. MODALITÀ DI PRESENTAZIONE DELLE ISTANZE.**

Elemento essenziale dell'istanza anti abuso, secondo quanto evidenziato dalla Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate 104/2015, è la preventività: l'istanza deve essere presentata prima della scadenza dei termini ordinari per la presentazione della dichiarazione o per l'assolvimento di altri obblighi tributari correlati al caso prospettato nella stessa.

Ai sensi dell'art. 2 D.Lgs. 156/2015 l'istanza di interpello può essere presentata:

---

<sup>108</sup> art. 3 D.lgs. 156/2015

<sup>109</sup> Circolare Agenzia delle Entrate n. 9/E del 01/04/2016

- Da ciascun contribuente, persona fisica o giuridica, anche non residente;
- Dal soggetto obbligato ex lege a porre in essere gli adempimenti per conto del contribuente o tenuto insieme con questi o in suo luogo all'adempimento di obbligazioni tributarie.

L'interpello non è aperto quindi alle sole imprese/società o attività professionali, ma costituisce l'espressione di importanti principi generali dello Statuto del Contribuente, configurandosi proprio come un elemento teso ad avvicinare il contribuente alla concreta applicazione delle misure fiscali, in quanto il sistema dovrà essere in grado di fornire una risposta rispetto a fattispecie concrete e personali.<sup>110</sup>

Con il Provvedimento dell'Agenzia delle Entrate n. 27 del 4/1/2016 è stato inoltre chiarito che l'istanza di interpello deve essere presentata in carta libera ed esente da bollo.

Lo stesso Provvedimento prevede che, in via generale, le modalità di presentazione consentite sono:<sup>111</sup>

- consegna a mano;
- spedizione a mezzo plico raccomandato con avviso di ricevimento;
- tramite posta elettronica certificata (Pec), utilizzando gli indirizzi di cui all'allegato A del provvedimento (presenti anche sul sito dell'Agenzia delle Entrate);
- servizio telematico messo a disposizione dall'Agenzia delle Entrate;
- posta elettronica ordinaria (solo per i soggetti non residenti che non si avvalgono di un domiciliatario nel territorio dello stato) utilizzando gli indirizzi di cui all'allegato A del provvedimento.

Il Provvedimento individua poi l'Ufficio competente a trattare le istanze di interpello, che varia in funzione del:

1. soggetto istante;
2. la tipologia di tributo.

Sarà necessario rivolgersi alla:

- Direzione regionale dell'Agenzia delle Entrate per le istanze di interpello relative:
  - a tributi erariali, in tale caso la competenza sarà dell'Ufficio in cui ha il domicilio fiscale il contribuente;
  - le istanze concernenti l'imposta ipotecaria dovuta in relazione agli atti diversi da quelli di natura traslativa, le tasse ipotecarie e i tributi speciali catastali nonché le istanze di cui all'art. 11, comma 1, lettera a) della legge 27 luglio 2000, n. 212 aventi ad oggetto disposizioni o fattispecie di natura catastale sono presentate alla Direzione Regionale nel cui ambito opera l'ufficio competente ad applicare la norma tributaria oggetto di interpello.

Con il Provvedimento dell'Agenzia delle Entrate n. 47688 del 1/3/2018 sono state successivamente modificate le regole procedurali per la presentazione di alcune istanze di interpello<sup>112</sup>.

Le istanze di interpello ordinario, anti abuso e disapplicativo, per il c.d. regime dei neo domiciliati e quelli sui nuovi investimenti devono essere trasmessi alla Divisione Contribuenti all'indirizzo [PEC interpello@pec.agenziaentrate.it](mailto:interpello@pec.agenziaentrate.it).

I soggetti non residenti che non si avvalgono di un domiciliatario in Italia possono invece utilizzare il nuovo indirizzo unico di posta elettronica libera [div.contr.interpello@agenziaentrate.it](mailto:div.contr.interpello@agenziaentrate.it).

I contribuenti di grandi dimensioni che aderiscono al regime di adempimento collaborativo devono trasmettere le istanze di interpello alla "Divisione contribuenti – Direzione Centrale Grandi contribuenti – Settore Strategie per la Compliance e per l'attrazione degli investimenti- Ufficio Adempimento Collaborativo all'indirizzo [PEC dc.acc.cooperative.pec.agenziaentrate.it](mailto:PEC dc.acc.cooperative.pec.agenziaentrate.it).

---

<sup>110</sup> A. Mastroberti, "Interpello antielusivo: debutto insidioso per la presentazione delle istanze" in Pratica Fiscale e Professionale 3/2016).

M. Allena "Abuso del diritto e profili procedurali del nuovo art. 10 bis dello Statuto del Contribuente" in Jus on line n. 1/2017.

<sup>111</sup> P. Paolo Ceroli, "Interpelli: con le regole per l'istanza taglia il traguardo il restyling per l'istituto" in Norme e Tributi del 8/3/2016

<sup>112</sup> G. Paolo Valente, "Interpelli agli uffici centrali da indirizzare alla Divisione Contribuenti" in Eutekne - Il quotidiano del commercialista del 2/3/2018

L. Gaiani, "Interpelli alla Divisione Contribuenti delle Entrate" in Il Sole 24 Ore del 2/3/2018

---

Le istanze presentate dai contribuenti privati o con ricavi inferiori a 100 milioni di Euro continuano ad essere indirizzate alla Direzione Regionale competente.

Nel caso in cui il contribuente dovesse inoltrare l'istanza ad un Ufficio incompetente, quest'ultimo, come previsto nella normativa previgente, dovrà ritrasmetterla, tempestivamente, all'Ufficio competente o, eventualmente, all'indirizzo di posta elettronica corretto. L'Ufficio destinatario dovrà, ricevuta l'istanza, darne comunicazione al contribuente, anche al fine del calcolo dei termini per la risposta che inizieranno a decorrere dalla data della ricezione.

### 3.2.7. TEMPI DI RISPOSTA DA PARTE DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE.

Con le nuove regole entrate in vigore dal 1° gennaio 2016 rimane fermo che, per l'interpello antiabuso, la risposta deve essere fornita **entro 120 gg.** dalla presentazione dell'istanza, e che questo termine assume carattere perentorio.

La **mancata risposta** da parte dell'Agenzia nei tempi indicati implica implicito assenso (vale cioè la soluzione prospettata dal contribuente e si attesta implicitamente l'insussistenza dell'abuso).

Ricevuta l'istanza di interpello, l'Ufficio deve:<sup>113</sup>

- 1) Controllare che l'istanza sia stata presentata alla struttura competente (nel caso di ricezione dell'istanza da parte di un ufficio incompetente, questo, come già accennato, provvede a trasmetterlo alla struttura competente, informando di detta circostanza anche il soggetto istante in quanto è solo dalla data di ricezione del quesito da parte dell'ufficio competente che decorrono i termini di risposta);
- 2) Controllare che l'istanza sia regolare. Entro 30 giorni dalla ricezione del quesito da parte della struttura competente, questa, appurata la presenza dei vizi suscettibili di regolarizzazione comunica al contribuente la necessità di acquisire i dati mancanti e/o l'istanza eventualmente depurata da errori o incongruenze, utilizzando i recapiti indicati dallo stesso soggetto istante o, se mancanti, saranno utilizzati quelli risultanti dai registri ufficiali di posta elettronica certificata (Pec) o, se si trattasse di soggetti non obbligati al suo possesso, dall'anagrafica tributaria.

Il contribuente ha a sua disposizione 30 giorni per produrre quanto richiesto dall'Agenzia.

La procedura di regolarizzazione comporta uno slittamento in avanti dei termini di risposta, i quali inizieranno a decorrere solo dalla data di ricezione della istanza regolare.

Al riguardo, si raccomanda particolare attenzione su entrambi i termini sopra indicati in quanto:

- l'amministrazione ha sempre la possibilità di richiedere, anche decorsi i 30 giorni, i dati mancanti, ma in questo caso non c'è alcun differimento, perché i termini decorrono dall'istanza originariamente presentata;
- il contribuente ha a sua disposizione solo 30 giorni dalla ricezione dell'invito, decorsi i quali l'istanza può essere dichiarata inammissibile.

Completata la procedura di regolarizzazione, se necessario, si può procedere alla ordinaria istruttoria. Come in passato, in caso di documentazione carente, l'Agenzia può richiedere la documentazione integrativa.

Ultimata l'istruttoria, entro 90 giorni per gli interpelli ordinari e 120 giorni per tutti gli altri (tra cui, come dicevamo, l'interpello anti abuso), calcolati a decorrere dalla ricezione dell'istanza regolare (o regolarizzata) da parte dell'ufficio competente, l'amministrazione comunica la propria risposta. Nei casi in cui sia richiesta documentazione integrativa, la risposta dovrà essere perentoriamente resa entro 60 giorni dalla ricezione di quest'ultima.

Si evidenzia che, dopo la comunicazione formale della risposta, l'amministrazione può sempre provvedere alla rettifica della stessa; in base al comma 3 dell'art. 11 cit., la rettifica della soluzione interpretativa ha "*valenza esclusivamente per gli eventuali comportamenti futuri dell'istante*".

---

<sup>113</sup> A. Cazzato, P. Moretti "Nota Operativa n. 7/2016, L'interpello" – Fondazione Accademia Romana di Ragioneria Giorgio di Giuliomaria.

Il comma 6 dell'art. 11 cit. prevede, inoltre, che, in ossequio ai principi di trasparenza dell'azione amministrativa e di certezza del diritto, l'Amministrazione finanziaria provveda alla pubblicazione - nella forma di circolari e risoluzioni - delle risposte rese:

- (i) quando un elevato numero di contribuenti abbia presentato istanze aventi ad oggetto la stessa questione o questioni analoghe tra loro;
- (ii) nei casi in cui il parere sia stato reso in relazione a norme di recente approvazione o per le quali non siano stati resi chiarimenti ufficiali;
- (iii) nelle ipotesi in cui siano segnalati comportamenti non conformi da parte degli Uffici;
- (iv) in ogni altro caso in cui ritenga che il chiarimento fornito sia di interesse generale.

Si ricorda infine che, ancorché né la normativa né la circolare dell'AdE ne parlino, deve considerarsi immutata la possibilità per i contribuenti di presentare documentazione integrativa spontanea durante tutto il corso dell'istruttoria. Ovviamente dette integrazioni non producono alcun effetto sui tempi finali di risposta.

Tra le novità significative del decreto, è stata introdotta la facoltà di rinuncia all'interpello da parte del contribuente.

Qualora, infatti, nelle more della lavorazione dell'istanza sia venuto meno l'interesse a conoscere la risposta il contribuente può:

- rinunciare espressamente, inviando all'Agenzia la formale rinuncia con le stesse modalità di invio dell'istanza e avendo cura di sottoscrivere correttamente la richiesta;
- astenersi dall'invio della documentazione integrativa richiesta in quanto, decorso un anno dalla richiesta, il decreto prevede una forma di rinuncia implicita.

### 3.2.8. GLI EFFETTI DELLA RISPOSTA.

Come più volte detto, il primo comma dell'art. 10 bis della L 212/2000 ha introdotto una nozione di abuso del diritto che mette a fattore comune i concetti di abuso e di elusione con valenza generale per tutti i tributi e il comma quinto del medesimo articolo non impone al contribuente istante di presentare una richiesta di parere relativa a tutti i tributi connessi o collegati all'operazione rappresentata. Pertanto nell'istanza il contribuente è tenuto ad indicare il settore impositivo per il quale il parere viene richiesto, specificando le norme che ritiene applicabili (comprese quelle che lo stesso ipotizza passibili di abuso in relazione all'operazione rappresentata)

Da ciò discende che gli effetti della risposta sono collegati all'istanza stessa in relazione alla specificità dell'oggetto di tale tipologia di interpello. La risposta produce effetti limitatamente al settore impositivo e alle norme invocati dal contribuente nell'istanza e sempre nei soli limiti delle fattispecie rappresentate e delle richieste formulate.

La risposta ricevuta dall'Amministrazione finanziaria potrà essere<sup>114</sup>:

- positiva, nel senso che l'Ufficio concorderà con la soluzione prospettata dal contribuente nell'istanza e quindi confermerà la coerenza dell'operazione con la normativa tributaria;
- negativa, nel senso che l'Ufficio non concorderà con la soluzione prospettata dal contribuente nell'istanza e quindi dichiarerà errata la sua interpretazione ed in tale caso dovrà fornire la soluzione corretta dandone opportuna motivazione, al fine di poter meglio chiarire le ragioni che l'hanno portata ad assumere una posizione piuttosto che un'altra;
- tacita, nel senso che l'Ufficio non procederà con la notifica della risposta nei termini stabiliti dall'articolo 11 della legge 212/2000 e quindi si formerà il cosiddetto "silenzio-assenso" che indirettamente determinerà un avallo da parte dell'Amministrazione della soluzione prospettata dal contribuente.

---

<sup>114</sup> P.Paolo Ceroli, "Interpelli: con le regole per l'istanza taglia il traguardo il restyling per l'istituto" in Norme e Tributi del 8/3/2016. Direzione Regionale Marche- Ufficio Consulenza- "istruzioni interpello 2016"



- L’Agenzia ha inoltre precisato che se dalla natura dell’istanza non è possibile desumere direttamente o attraverso i riferimenti normativi richiamati dal contribuente il settore o i settori impositivi cui si riferisce l’istanza di interpello questa è soggetta alla declaratoria di **inammissibilità** poiché risulta non sufficientemente circostanziata nella definizione della fattispecie concreta in relazione alla quale il parere è richiesto<sup>115</sup>.

Nel dettaglio, l’art. 3 del D.Lgs. 156/2015, l’Agenzia non può formulare il proprio parere e deve dichiarare l’inammissibilità quando:

- a) le istanze sono prive dei requisiti prescritti dall’art. 3, comma 1, lettere a) e c), D. Lgs. n. 156/2015, ossia dei dati identificativi del contribuente e della descrizione della fattispecie in relazione alla quale è richiesto il parere;
- b) le istanze non sono presentate preventivamente, cioè prima della scadenza dei termini previsti per la presentazione della dichiarazione o per l’assolvimento di altri obblighi tributari aventi ad oggetto o comunque connessi alla fattispecie cui si riferisce l’istanza medesima;
- c) non ricorrono obiettive condizioni di incertezza<sup>116</sup>;
- d) le istanze reiterano le medesime questioni sulle quali il contribuente ha già ottenuto un parere, salvo che vengano indicati elementi di fatto o di diritto nuovi;
- e) le istanze vertono su materie oggetto delle speciali procedure di accordo preventivo ai sensi dell’articolo 31-ter del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, dell’interpello nuovi investimenti e degli interpelli richiesti in seno al regime di adempimento collaborativo;
- f) le istanze vertono su questioni per le quali siano state già avviate attività di controllo alla data di presentazione dell’istanza di cui il contribuente sia formalmente a conoscenza;
- g) il contribuente, invitato a integrare i dati che si assumono carenti ai sensi dell’art. 3, comma 3, non provvede alla regolarizzazione nei termini previsti.

Qualunque sia la natura della risposta, sembra opportuno evidenziare che in ogni caso:

- non è vincolante per il contribuente, il quale potrà, comunque, disattendere l’orientamento espresso dall’Agenzia;
- è efficace esclusivamente nei confronti del contribuente proponente e per il solo caso descritto nell’istanza;
- è vincolante per l’Amministrazione finanziaria, la quale non potrà porre in essere attività accertative a contenuto impositivo o sanzionatorio nei confronti del contribuente che ha ricevuto una risposta positiva o negativa alla quale si è adeguato, contraria al parere reso (sia esso tacito che esplicito); in caso contrario tali atti saranno nulli e quindi non potranno generare alcun tipo di effetto.

L’Ufficio che ha emesso il parere, però, come sopra accennato, ha la facoltà di modificare la propria posizione rispetto a quanto prospettato in prima analisi, ciò a seguito, ad esempio, di modifiche normative, errate interpretazioni. In tale caso sarà dovere dell’Ufficio comunicare la “revoca dell’interpello” al soggetto istante.

Nei casi in cui la risposta sia successivamente rettificata, si ricorda che:

- nei casi in cui la risposta rettificativa sia portata a conoscenza del contribuente dopo che quest’ultimo abbia già posto in essere il comportamento prospettato nell’istanza o dato attuazione alla norma oggetto dell’interpello resta confermata la regola della nullità degli eventuali atti impositivi o sanzionatori fondati sul diverso parere contenuto nella risposta rettificativa;
- nei casi in cui la risposta rettificativa sia portata a conoscenza prima che l’istante abbia tenuto il comportamento prospettato o dato attuazione alla norma oggetto dell’interpello, l’Amministrazione

---

<sup>115</sup> A. Mastroberti “interpello antielusivo: debutto insidioso per la presentazione delle istanze”, in *Pratica Fiscale e Professionale* 3/2016).

<sup>116</sup> Non ricorrono condizioni di obiettiva incertezza quando l’Amministrazione ha compiutamente fornito la soluzione per fattispecie corrispondenti a quella rappresentata dal contribuente mediante Circolari e Risoluzioni.

finanziaria, in applicazione del parere contenuto nella nuova risposta e disatteso dal contribuente, può recuperare le imposte eventualmente dovute ed i relativi interessi, senza irrogare le sanzioni.

### **3.2.9. GLI EFFETTI DELL'INTERPELLO SU ACCERTAMENTO E CONTENZIOSO.**

Le risposte fornite alle istanze di interpello vincolano esclusivamente l'amministrazione finanziaria e, in ragione della loro natura di atti amministrativi non provvedimentali, i contribuenti destinatari delle stesse non sono tenuti ad uniformare il proprio comportamento alla risposta avuta dall'Agenzia delle Entrate.

La risposta ad una istanza di interpello resa dall'Amministrazione Finanziaria non sarebbe quindi altro che un parere.

Essa impegna l'amministrazione con esclusivo riferimento alla questione oggetto dell'istanza e limitatamente all'interpellante.

In relazione agli effetti sull'attività di accertamento, è interessante segnalare che la Circolare 9/E del 1/4/2016 evidenzia, relativamente all'interpello anti abuso, la circostanza secondo cui la risposta è produttiva di effetti esclusivamente in relazione non solo alle questioni sollevate, ma anche al comparto e alle specifiche disposizioni di legge invocate: per l'effetto, saranno di fatto possibili contestazioni in merito alla stessa operazione ma relativamente a profili impositivi diversi. Ciò significa che le istanze di interpello anti abuso, ma anche quelle di altre tipologie, dovranno essere impostate in maniera tale da comprendere tutti i possibili effetti diretti e indiretti delle stesse. L'amministrazione Finanziaria è infatti vincolata alla risposta resa in ogni suo organo e di conseguenza sono tenuti al suo rispetto anche gli ausiliari, quali i verificatori della Guardia di Finanza e dell'Agenzia delle Entrate laddove i requisiti indicati nelle istanze non siano cambiati nel tempo o non risultino errati.

Altra indicazione contenuta nella citata circolare riguarda la rilevanza sui contribuenti terzi, diversi dall'istante, delle risposte rese pubbliche mediante risoluzioni o circolari: invocare il contenuto di interPELLI da parte di contribuenti diversi esclude solo in capo agli stessi l'applicazione di sanzioni e la richiesta di interessi moratori, non certamente la debenza del tributo.

Sempre in tema di effetti dell'interpello sull'attività di accertamento va segnalato che in caso di mancato adeguamento alla eventuale risposta negativa ricevuta, il contribuente si pone in una situazione di potenziale conflitto con l'Agenzia delle Entrate, con possibilità di avvio di una fase di accertamento.<sup>117</sup>

In relazione invece agli effetti sul contenzioso, nonostante il decreto "interPELLI" chiarisca palesemente che le risposte alle istanze non sono impugnabili (la risposta all'interpello non obbligatorio non è incluso tra gli atti impugnabili, di cui all'articolo 19 del Dlgs 546/1992,) – salvo il caso della tutela differita riconosciuta al contribuente obbligato a chiedere di non applicare determinate norme tributarie che limitano deduzioni, detrazioni o crediti d'imposta al fine di contrastare l'elusione (interpello disapplicativo) – restano comunque numerosi dubbi, non colmati neanche dalle disposizioni, di cui all'articolo 6 del Dlgs 156/2015, circa la possibilità o meno di impugnare la revoca della risposta resa in "prima istanza".

Parte della dottrina sostiene che sia opportuno evidenziare che un provvedimento della Pubblica Amministrazione per godere della tutela giurisdizionale deve possedere determinate caratteristiche, vale a dire:

- essere indirizzato ad un determinato soggetto (o comunque determinabile);
- incidere unilateralmente sulla sfera giuridica del destinatario dell'atto;
- essere esecutivo, vale a dire che produce immediatamente ed automaticamente i suoi effetti.

e che se le anzidette caratteristiche non sono riscontrabili nella mera risposta ad un interpello, sono facilmente ravvisabili nella revoca dell'interpello.

Il sopracitato articolo 19 al comma 1 lettera h) richiama tra gli atti impugnabili che possono essere oggetto di ricorso «il diniego o la revoca di agevolazioni ...»; tale assunto, se non esplicitamente riferibile alle revoche

---

<sup>117</sup> A. Mastromatteo e B. Santacroce, "Gli effetti dell'interpello su accertamento e contenzioso" in Il Fisco n. 26/2016

in ambito di interpelli, ha comunque una portata generale. Di tale avviso sembra essere la giurisprudenza, anche di legittimità, che sempre più spesso guarda al suddetto articolo in senso estensivo rispetto agli atti in esso contenuti, non riconoscendogli più quel rigore previsto al tempo della sua emanazione. Infatti viene avallata da più parti la regola secondo cui sia impugnabile qualsiasi atto incidente sulla sfera giuridica del contribuente e sul rapporto tributario, seppur non espressamente previsto dall'articolo 19. Quindi, si può ragionevolmente supporre che possa essere estesa tale possibilità anche alla revoca dell'interpello.

In merito, la Suprema Corte di legittimità nel 2012 con la sentenza 7344, ad esempio, ha affermato che «nonostante l'elencazione degli atti impugnabili contenuta nell'articolo 19 del Dlgs 546/1992, i principi costituzionali di buon andamento della Pubblica Amministrazione (articolo 97 Costituzione) e di tutela del contribuente (articolo 24 e 53 Costituzione) impongono di riconoscere l'impugnabilità di tutti gli atti adottati dall'ente impositore....senza necessità di attendere che la stessa si vesta della forma autoritativa di uno degli atti dichiarati espressamente impugnabili dalla norma su richiamata. L'impugnazione va proposta davanti al giudice tributario, in quanto munito di giurisdizione a carattere generale e competente ogni qualvolta si controverta di uno specifico rapporto tributario».

A questa ne sono seguite altre dello stesso tenore, basti pensare alle sentenze, sempre della Suprema Corte di Cassazione 17010/2012 o 11929/2014, nelle quali viene chiarito che, nonostante al contribuente non sia riconosciuta la possibilità di impugnare la risposta negativa all'istanza di interpello, in quanto non risulta essere un vero e proprio diniego di agevolazione, potrebbe comunque opporsi, ricorrendo alle competenti Commissioni tributarie, in quanto è impugnabile qualsiasi atto impositivo che manifesti una concreta pretesa tributaria anche prima che «la stessa...si vesta della forma autoritativa di uno degli atti dichiarati espressamente impugnabili dal Dlgs 546/92, articolo 19».

In base a tale assunto, parte della dottrina ritiene che l'atto di revoca di interpello, modificando la risposta precedentemente resa dall'Amministrazione, sulla quale il contribuente potrebbe anche aver fondato una strategia aziendale (che quindi non si esaurisce con un'unica operazione, ma che ha ripercussioni su azioni e condotte di lungo periodo), incide sulla sfera giuridica del contribuente sin dalla sua ricezione; egli, infatti, per fare fronte a tale cambio di rotta e non incorrere in sanzioni, potrebbe essere stato costretto a rivoluzionare l'intero sistema con impatti quasi certamente negativi sulle finanze aziendali.

Per tale ragione si ritiene palese l'esistenza di un interesse, processualmente rilevante, del contribuente ad opporsi a tale atto e a ricevere una pronuncia giurisdizionale in grado di chiarire, con forza di giudicato, il regime tributario applicabile.

Ciò comporterebbe, da un lato, l'anticipazione dei tempi, nel senso che il contribuente non dovrebbe attendere l'atto impositivo, autonomamente impugnabile, per ricorrere al giudice e conoscere la correttezza o meno del proprio operato, soprattutto se dovesse essere dato un giudizio a suo favore e, dall'altro, verrebbe comunque verificato il rispetto delle disposizioni tributarie in quanto la pronuncia avrebbe, in un certo senso, una funzione accertativa<sup>118</sup>.

### **3.2.10. APPLICABILITÀ DELL'ISTITUTO DELL'INTERPELLO ALLE IMPOSTE D'ATTO E AI TRIBUTI LOCALI.**

Con le modifiche al testo dell'art. 20 del DPR 131/86 ad opera del l'art. 1 comma 87 lett. a) della L. 205/2017 il legislatore ha reso definitivamente chiaro che il principio dell'abuso del diritto possa trovare applicazione anche alle imposte d'atto e di conseguenza anche ad esse possa essere applicata la disciplina del diritto di interpello anti abuso di cui all'art. 10 bis della L. 212/2000.

Prima delle modifiche introdotte dalla legge di bilancio per il 2018 all'art. 20 del DPR 131/86, se e nella misura in cui si riteneva, come la Corte di Cassazione, che la riqualificazione degli atti, ai fini dell'imposta di

---

<sup>118</sup> P. Paolo Ceroli, «Procedure omogenee e risposte tempestive per rendere più efficaci i nuovi interpelli», in *Norme&Tributi* Mese n. 10/2015, p. 46.

registro, potesse essere operata in funzione degli effetti economici sostanziali che essi determinano anche in collegamento con altri atti o fatti, non già in forza del principio generale antiabuso codificato nell'art. 10-bis della L. 212/2000, bensì in forza della norma di interpretazione degli atti recata dall'art. 20 del DPR 131/86, ne conseguiva che, non soltanto questi accertamenti potessero essere effettuati senza il rispetto delle tutele procedurali e finanziarie previste dall'art. 10-bis, ma, relativamente all'imposta di registro, diventavano anche di fatto inammissibili le istanze di interpello preventivo "antiabuso" ex art. 11 comma 1 lett. c) della L. 212/2000.

Il comma 12 dell'art. 10-bis della L. 212/2000 stabilisce infatti che "in sede di accertamento, l'abuso del diritto può essere configurato solo se i vantaggi fiscali non possono essere disconosciuti contestando la violazione di specifiche disposizioni tributarie".

Accadeva pertanto che un atto di conferimento d'azienda o di scissione seguito dalla cessione di partecipazioni potesse essere riqualificato come cessione d'azienda sulla base di una valutazione degli effetti economici effettivi dell'operazione nel suo complesso in applicazione dell'art. 20 del DPR 131/86, con l'applicazione dell'imposta di registro in misura proporzionale invece che fissa, e che ad esso non si potesse applicare l'art. 10 bis e di conseguenza determinava a cascata anche l'inammissibilità di una istanza di interpello preventivo "antiabuso" ex art. 11 comma 1 lett. c) della L. 212/2000.

Così si era infatti espressa la risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 25 luglio 2017 n. 97, rispondendo a una istanza di interpello "antiabuso" presentata relativamente al caso di una operazione di scissione e successiva cessione di partecipazioni: l'interpello aveva avuto risposta per quel che concerne i profili di imposizione diretta, mentre era stato ritenuto inammissibile per la parte concernente le imposte d'atto.

Con le modifiche introdotte all'art. 20 del DPR 131/86, anche le questioni attinenti la legittimità o meno dei risparmi d'imposta che si determinano ai fini delle imposte d'atto diventano contestabili in forza della norma antiabuso e non dell'art. 20 del DPR 131/86 e suscettibili di essere oggetto di una istanza di interpello preventivo "antiabuso" ex art. 11 comma 1 lett. c) della L. 212/2000.<sup>119</sup>

La nuova disciplina dell'abuso del diritto trova infine applicazione anche per i tributi locali.

Per quanto concerne riguarda nello specifico la disciplina dell'interpello antiabuso la dottrina ritiene che esso costituisca una possibilità alquanto remota per il contesto della fiscalità locale.

Si argomenta che comportamenti potenzialmente abusivi appaiano difficilmente configurabili in un contesto di basi imponibili certe quale risulta essere quello dei tributi locali.<sup>120</sup>

In ogni caso, si cita, in questo ambito, ad esempio, la sentenza della Corte di Cassazione n. 25127 del 30 novembre 2009 in cui la Corte ha applicato il concetto di abuso del diritto in una controversia relativa all'ICI dovuta per un'area fabbricabile pertinenziale

La Corte di cassazione, Sezione tributaria, con sentenza n. **25127** del 30 novembre 2009, ha cassato la decisione con cui la Commissione tributaria regionale del Veneto, accogliendo l'appello avanzato da una società contribuente avverso due avvisi di accertamento Ici, aveva riconosciuto l'esistenza di un vincolo pertinenziale tra un fabbricato industriale ed un terreno attiguo in virtù della realizzazione di una recinzione che accorpava quest'ultimo all'unità immobiliare industriale. Tale recinzione, a detta della contribuente, comportava l'assoggettamento della pertinenza ad un'imposizione Ici unitaria con il fabbricato.

Di diverso avviso la Corte di Cassazione la quale, accogliendo il ricorso avanzato dal Comune, ha sottolineato come la mera apposizione di una recinzione non è sufficiente, di per sé, a realizzare il vincolo pertinenziale. Per la Corte, infatti, l'attribuzione della qualità di pertinenza, secondo la relativa definizione contenuta nell'art. 817 c.c., deriva dalla destinazione effettiva e concreta della cosa al servizio od ornamento di un'altra; destinazione, questa, la cui la prova, nelle liti fiscali, è a carico del contribuente e va valutata dal giudice con particolare e maggior rigore rispetto alla prova richiesta nei rapporti di tipo privatistico.

---

<sup>119</sup> E. Zanetti, "Interpello antiabuso anche per le imposte d'atto" in Eutekne- 16/04/2018

<sup>120</sup> Gruppo Gaspari – News- "L'interpello dopo le recenti modifiche legislative" del 09/06/2016

Non solo. Se la scelta pertinenziale non è giustificata da reali esigenze - continua la Corte – la stessa “non può avere valenza tributaria, perché avrebbe l'unica funzione di attenuare il prelievo fiscale, eludendo il precetto che impone la tassazione in ragione della reale natura del cespite”. In conclusione, la simulazione di un vincolo di pertinenza, al fine di ottenere un risparmio fiscale, concretizzerebbe un abuso di diritto.

Si segnala, da ultimo, che gli Enti Locali hanno l'obbligo, secondo quanto disposto dall'art. 1, comma 4 della legge n. 212 del 2000, di adeguare i propri statuti e regolamenti alle nuove disposizioni riguardanti le norme anti abuso.

### **3.3. ABUSO DEL DIRITTO – LE DIFESE DEL CONTRIBUENTE. - (Pietro Benedetti)**

#### **3.3.1 PREMESSA.**

Con l'art. 1, commi 1 e 5, del D.lgs. n.128 del 2015, è stato introdotto nello “Statuto dei Diritti del Contribuente” (Legge n.212 del 2000, in seguito “Statuto”), con efficacia dal giorno 2 ottobre 2015, l'art.10/bis, rubricato “*Disciplina dell'abuso del diritto o elusione fiscale*”.

Inoltre, con il comma 2 di detto articolo è stato abrogato l'art.37/bis, del D.P.R. n. 600 del 1973, in tema di “elusione fiscale”, pertanto le nozioni fiscali di quest'ultima e dell' abuso del diritto sono state fra loro unificate nell'ambito di una “clausola antiabuso”, quale istituto giuridico diretto a contrastare, in ambito tributario, le pratiche abusive o elusive.

L'inserimento della clausola all'interno dello “Statuto” qualifica la stessa, alla luce dell'art.1, comma 1, dello “Statuto” stesso, quale “*principio preordinato alle regole previste nelle discipline dei singoli tributi*”.

La clausola, nella sua strutturazione di 13 (tredici) commi, è ordinata a disciplinare sia gli aspetti sostanziali, che quelli procedurali, dell'“abuso del diritto” o dell'“elusione fiscale”, manifestandosi come clausola “**aperta**” e “**residuale**”.

I) Innanzitutto “**aperta**”, perché la stessa è applicabile, non in riferimento ad un elenco chiuso di operazioni (tipicamente di ristrutturazione, riorganizzazione aziendale, riduzione capitale sociale, ecc.), bensì quando una o più operazioni, preventivamente non individuate nella loro specifica natura, causano l'attuazione di un fenomeno elusivo.

In secondo luogo, perché la stessa è adottabile, non solo per le imposte dirette, ma anche per quelle indirette, fatta salva la speciale disciplina in materia doganale, come specificato dall'art. 1, comma 4, del citato D. Lgs. n.128 del 2015, secondo cui i commi da 5 a 11, dell'art.10/bis, Statuto, non si applicano ai diritti doganali di cui all'art.34, del DPR n.43 del 1973, che restano disciplinati dagli art.li 8 e 11, del D.lgs. n.374/1990.

Più in dettaglio, con riferimento a quest'ultima caratteristica, si può affermare che la “clausola antiabuso” può essere usata, sia per i tributi armonizzati dove trova fondamento nei principi dell'ordinamento dell'Unione Europea, che per quelli non armonizzati per il quale il fondamento del divieto di abuso del diritto è stato individuato dalla giurisprudenza di legittimità della Suprema Corte di Cassazione, nel principio costituzionale della “capacità contributiva”.

II) In più, “**residuale**” o di “**chiusura**” del sistema, perché la “clausola antiabuso” opera quando, nonostante l'assenza di profili di evasione d'imposta, quindi nel rispetto formale da parte del contribuente delle norme tributarie, viene attuato dal medesimo un “**disegno abusivo**”.

Del “disegno abusivo” quale uso distorto delle norme e dei principi fiscali, sono assolutamente dimostrativi i commi 1 e 12, dell'art.10/bis, Statuto, nel momento in cui identificano l'insorgenza dell'abuso del diritto nonostante il “*rispetto formale delle norme fiscali*” (il comma 1) ovvero che “*l'abuso del diritto può essere configurato solo se i vantaggi fiscali non possono essere disconosciuti contestando la violazione di specifiche disposizioni tributarie*” (il comma 12).

Le disposizioni tributarie possono essere sostanziali o procedurali, le prime disciplinano le fattispecie impositive, ad esempio i redditi d'impresa o di lavoro autonomo, le seconde le procedure di controllo e di accertamento, quindi, continuando nell'esempio, le scritture contabili, le dichiarazioni fiscali, i controlli formali e sostanziali, le iscrizioni a ruolo e gli atti impositivi.



La disciplina dell'abuso del diritto, di cui all'art.10/bis dello Statuto, si pone quindi, quale normativa di "chiusura" o "residuale", nella fase del contrasto a fenomeni di sottrazione di materia imponibile, allorquando le operazioni poste in essere dal contribuente, seppure nel rispetto formale delle norme tributarie, dunque in assenza di evasione d'imposta, comportano un uso distorto delle stesse, perché causano un'elusione (un aggiramento) degli obblighi e dei divieti derivanti dalle norme tributarie sostanziali.

In altri termini, le nozioni di evasione d'imposta e di abuso del diritto sono fra loro contrapposte e alternative, se sussiste evasione d'imposta, perché vi è stata violazione di norme tributarie sostanziali, non vi può essere abuso del diritto.

Se, invece, esiste abuso del diritto per un uso distorto delle norme, siamo al di fuori dell'evasione d'imposta, con la naturale conseguenza che se non vi è nemmeno abuso del diritto, il risparmio d'imposta è legittimo.

Quindi possiamo costruire la seguente sequenza:

**“dall'evasione d'imposta” -> “all'abuso del diritto” -> “infine al legittimo risparmio d'imposta”**

In questo contesto, se le operazioni poste in essere dal contribuente fossero disconosciute dall'amministrazione finanziaria mediante l'accertamento della violazione di specifiche norme tributarie di diritto sostanziale, sussisterebbe evasione d'imposta e non abuso del diritto.

Per contro, in assenza della lesione di norme tributarie, le operazioni poste in essere dal contribuente, ovverossia i fatti, gli atti e i contratti realizzati dal medesimo, possono essere disconosciute dall'amministrazione in base alla configurazione di un “disegno abusivo” del contribuente stesso, diretto essenzialmente alla realizzazione di un risparmio d'imposta indebito, in assenza di valide ragioni economiche.

Alla luce di quanto precede, ad esempio, le operazioni antieconomiche contraddistinte da costi eccessivi, in lesione delle norme relative all'“inerenza quantitativa” o “congruità”, determinano evasione d'imposta e non abuso del diritto, perché sono in violazione di norme tributarie di diritto sostanziale.

**Quindi, nella normativa dell' “abuso del diritto o elusione fiscale”, la centralità del “disegno abusivo” attuato dal contribuente.**

Innanzitutto, come si è rilevato, in contrapposizione al concetto di evasione, perché se sussiste evasione d'imposta, non vi può essere abuso del diritto.

Nonché, su cui si pone l'accento nella successiva analisi, l'interconnessione tra gli aspetti sostanziali e procedurali dei fenomeni elusivi, ovvero *dagli* aspetti iniziali relativi ai presupposti costitutivi dell'abuso del diritto, *a* quelli finali concernenti le procedure di contrasto dell'amministrazione nei confronti della medesima.

Gli aspetti sostanziali dell'abuso del diritto sono disciplinati nei commi da 1 a 4, dell'art.10/bis dello Statuto, mentre gli aspetti procedurali nei restanti commi da 5 a 13.

Nell'ambito di questa struttura dell'art.10/bis Statuto, l'interconnessione dagli aspetti sostanziali (commi da 1 a 4) a quelli procedurali (restanti commi da 5 a 13), ha un significativo riferimento nel comma 8, del medesimo art.10/bis, Statuto, secondo cui:

*“Fermo quanto disposto per i singoli tributi, l'atto impositivo è specificamente motivato, a pena di nullità, in relazione alla condotta abusiva, alle norme o ai principi elusi, agli indebiti vantaggi fiscali realizzati, nonché ai chiarimenti forniti dal contribuente nel termine di cui al comma 6”*.<sup>1</sup>

A ben notare, nell'ambito della predetta norma, sono racchiusi buona parte degli aspetti sostanziali e procedurali del “disegno abusivo” e della centralità del medesimo rispetto all'abuso del diritto.

In base alla stessa, l'amministrazione finanziaria, sotto “*pena di nullità*”, nell'avviso di accertamento notificato al contribuente deve “*specificatamente*” motivare:

- 1) le operazioni poste in essere dal contribuente che hanno attuato un “*disegno abusivo*”;
- 2) i motivi per cui le predette operazioni sono “*prive di sostanza economica*”;
- 3) il “*vantaggio fiscale indebito*” perseguito dal contribuente come scopo “*essenziale*” delle operazioni;
- 4) le norme e i principi dell'ordinamento tributario di cui è stato fatto un “*uso distorto*”;

5) la motivazione dell'amministrazione alle giustificazioni fornite dal contribuente nella fase endoprocedimentale (la c.d. "*motivazione rafforzata*").

In questa interconnessione, nell'ambito del principio della ripartizione dell'onere della prova, che trova conferma per l'abuso del diritto nel successivo comma 9, dell'art.10/bis, Statuto, l'amministrazione ha l'onere di dimostrare i fatti costitutivi della condotta abusiva, non rilevabili d'ufficio, in base ai presupposti sanciti dai primi 2 (due) commi dell'art. 10/bis, Statuto.

Il contribuente, invece, deve dimostrare i fatti contrari, ovverossia i fatti impeditivi, estintivi o modificativi alla sussistenza dei predetti presupposti costitutivi, con particolare riferimento all'esistenza delle valide ragioni extrafiscali, non marginali, di cui al successivo comma 3.

Pertanto nel confronto probatorio fra amministrazione e contribuente se da un lato esiste la necessità per l'Ufficio di dimostrare l'esistenza dei **presupposti costitutivi dell'abuso del diritto**, dall'altro, sussiste l'esigenza per il contribuente di provare l'esistenza di **fatti contrari all'insorgenza dell'abuso del diritto**.

Come analizzeremo nel successivo punto n. 2), i presupposti costitutivi dell'abuso del diritto sono compiutamente disciplinati dalla **legge**, per l'esattezza dai primi 2 (due) commi dell'art.10/bis, Statuto.

Invece, i fatti contrari, come verificheremo nel susseguente punto n. 3), in parte sono disciplinati dalla legge, nello specifico, sia dal comma 3, dell'art.10/bis, Statuto, per quanto concerne le valide ragioni extrafiscali, non marginali anche di ordine organizzativo o gestionale per fini di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa o dell'attività professionale del contribuente, che dal successivo comma 4 per quanto riguarda la libertà di scelta ammessa in favore del contribuente tra regimi opzionali diversi o tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale, in altra parte, invece, sono lasciati alla **capacità difensive** della parte contribuente.

### **3.3.2. I PRESUPPOSTI COSTITUTIVI.**

Sono individuati dai commi 1 e 2 dell'art.10/bis, della Legge n.212 del 2000, nelle seguenti circostanze di fatto:

- Le operazioni poste in essere dal contribuente devono essere "*prive di sostanza economica*";
- la realizzazione di un "*vantaggio fiscale indebito*";
- la circostanza che il vantaggio fiscale indebito è lo scopo "*essenziale*" (non esclusivo) dell'operazione.

L'accertamento da parte dell'amministrazione finanziaria di questi 3 (tre) presupposti comporta un'attività di valutazione (di ragionamento o di giudizio) della stessa tesa ad offrire, prima, nella fase endoprocedimentale, poi, nell'eventuale successiva fase processuale, la prova dei fatti costitutivi del disegno abusivo.

Quindi, è indiscutibile che siamo nel novero delle **presunzioni semplici**, dove, a monte, vi deve essere il fatto noto (certo, non controverso), che per l'abuso del diritto è senz'altro costituito dalle operazioni poste in essere, che hanno la loro inequivocabile fonte probatoria nei relativi atti, fatti o contratti e, a valle, il fatto ignorato derivante dalle predette operazioni, ovverossia la valutazione da parte dell'amministrazione, secondo requisiti di gravità, precisione e concordanza, dell'esistenza dei 3 (tre) presupposti costitutivi.

Premesso che la ricerca del risparmio d'imposta indebito deve essere la causa "*essenziale*" (prevalente) delle operazioni, l'attenzione deve essere posta sugli elementi della "*assenza della sostanza economica*" e del "*vantaggio fiscale indebito*".

Questi 2 (due) elementi hanno la loro definizione, rispettivamente, nelle lettere a) e b), del comma 2, dell'art.10/bis dello Statuto, secondo cui:

- **lett. a):** le operazioni sono "*prive di sostanza economica*", quando hanno prevalentemente lo scopo di avere "*vantaggi fiscali*";
- **lett.b)** i vantaggi fiscali sono "*indebiti*", allorché sussiste un **uso distorto delle norme** in lesione delle loro finalità e dei principi dell'ordinamento tributario, con riferimento sia a quello nazionale, che a quello comunitario per le norme direttamente applicabili assieme alla nostra legislazione interna.

Ciò si avvera quando, nel rispetto formale delle norme e dei principi dell'ordinamento tributario, sussiste una violazione della loro “*ratio legis*”, quindi dello spirito e delle finalità delle predette norme e principi, perché vi è stato un uso distorto delle norme teso a aggirare gli obblighi e i divieti ordinati dalle medesime.

Esiste quindi una sorta di equazione dove, pur in assenza di evasione d'imposta:

$$\begin{aligned} & \text{operazioni prive di sostanza economica} + \text{vantaggi fiscali indebiti come causa essenziale} \\ & \qquad \qquad \qquad = \\ & \qquad \qquad \qquad \text{abuso del diritto.} \end{aligned}$$

Considerando che:

- I) l'abuso del diritto è un uso distorto delle norme che, nel rispetto formale delle stesse, è teso alla ricerca di vantaggi fiscali indebiti come causa essenziale;
- II) di seguito, che le operazioni dirette essenzialmente alla ricerca di vantaggi fiscali indebiti sono prive di sostanza economica,

la predetta equazione può essere così riscritta:

$$\begin{aligned} & \text{abuso del diritto} = \text{uso distorto delle norme} = \text{vantaggi fiscali indebiti come causa essenziale,} \\ & \qquad \qquad \qquad \text{ovvero, se rovesciata:} \\ & \text{vantaggi fiscali indebiti come causa essenziale} = \text{uso distorto delle norme} = \text{abuso del diritto.} \end{aligned}$$

**Pertanto la ricerca del “risparmio d'imposta indebitato”  
come tema centrale  
del “disegno abusivo”.**

Alla luce delle “centralità” sopra evidenziate, in riferimento alla tematica dell'abuso del diritto possiamo scrivere la seguente sequenza:

“abuso del diritto” -> “disegno abusivo” -> “essenzialità del risparmio d'imposta indebitato”.

Quest'ultimo, “essenzialità del risparmio d'imposta indebitato” che l'amministrazione deve comunque sempre provare secondo requisiti di gravità precisione e concordanza.

**Perciò, l'essenzialità del risparmio d'imposta indebitato, valutata dall'amministrazione secondo requisiti di gravità, precisione e concordanza, come pilastro della contestazione del disegno abusivo del contribuente, nell'uso distorto delle norme da parte del medesimo per attuare la pratica abusiva.**

In contrapposizione, quindi, il legittimo risparmio d'imposta che il contribuente può perseguire nell'utilizzo di operazioni con valide ragioni economiche extrafiscali, non marginali, oppure con la scelta tra regimi opzionali diversi o tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale (**commi 3 e 4 dell'art. 10/bis dello Statuto**).

La centralità dei vantaggi fiscali indebiti nelle pratiche abusive è presente anche nella “norma generale anti abuso” disciplinata, in ambito comunitario, dall' **art.6, della direttiva ATAD 2016/1164**, secondo cui il disegno abusivo è teso essenzialmente alla ricerca di un vantaggio fiscale indebitato, in contrasto con le norme e i principi dell'ordinamento.

Nella stessa, inoltre, l'assenza di valide ragioni commerciali è indice della ricerca di vantaggi fiscali indebiti.

**Ne consegue, in altra angolazione, che se gli atti, i fatti o i contratti, sono privi di sostanza economica, ma non determinano un vantaggio fiscale indebitato, bensì un legittimo risparmio d'imposta ammesso dalle norme e dai principi dell'ordinamento tributario, non vi è abuso del diritto.**

Quanto precede è ormai insito nello stesso pensiero dell'**Agenzia delle Entrate**, nel momento in cui, con la **risoluzione n.40 del giorno 17.05.2018**, ha disposto sulla non abusività dell'adesione al consolidato fiscale, seppure operazione totalmente priva di ragioni economiche, se tesa a ricercare il risparmio d'imposta della compensazione fra redditi e perdite delle società aderenti alla tassazione di gruppo, ammessa dalla vigente legislazione tributaria di diritto sostanziale.

A ben notare nel rapporto fra “sostanza economica” e “effetti formali” dell'operazione e nella loro interconnessione nel noto principio della “*prevalenza della sostanza sulla forma*”, nella tematica dell'abuso

del diritto non esiste più una supremazia della sostanza economica rispetto agli effetti formali, ma una situazione paritaria fra gli stessi.

Nella giusta direttrice che non deve essere tassata sempre e comunque la sostanza economica, ma quando non sussiste abuso del diritto, oltre che, naturalmente, evasione d'imposta, l'imposizione deve riguardare gli effetti formali dell'operazione, mentre se si è in presenza di abuso del diritto o di evasione d'imposta, la tassazione non può concernere i predetti effetti che devono essere disconosciuti dall'amministrazione, ma la loro sostanza economica, indipendentemente dal titolo o dalla forma apparente dei medesimi.

Quindi, il "*principio costituzionale della capacità contributiva*" come contrasto ai malevoli fenomeni di evasione e di abuso del diritto, e non più come la ricerca, sempre e comunque, della tassazione della sostanza economica, della prevalenza della sostanza sulla forma.

Se gli aspetti formali e i relativi effetti delle operazioni poste in essere non sono in evasione d'imposta, né comportano nemmeno un uso distorto delle norme, in altri termini se non vi è alcun risparmio d'imposta indebito per violazione delle norme fiscali o per violazione della loro "*ratio legis*", l'imposizione deve avvenire in base agli effetti giuridici degli atti, fatti o contratti che sono stati attuati dal contribuente, che non possono essere disconosciuti in favore della sostanza economica.

Quanto precede trova assoluta conferma negli **art.li 20 e 53, del DPR n.131 del 1986**, in materia di imposta di registro, come modificati da ultimo dall'art.1, comma 87, della Legge n.205 del 2017.

Con l'ulteriore precisazione che, con la Legge di bilancio 2019, n.145 del 2018, art.1, comma 1084, è stato disposto che le dette modifiche, in riferimento al predetto art. 20, DPR n.131/86, hanno natura di **interpretazione autentica** anche per il passato, quindi, non solo per gli atti presentati alla registrazione a partire dal 01.01.2018, ma anche per quelli presentati alla registrazione prima del 31/12/2017.

Fermo restando che l'art.10/bis dello Statuto è applicabile anche in materia di imposta di registro, l'imposizione degli atti da registrare deve avvenire considerando il singolo atto, sulla base degli effetti giuridici dello stesso, prescindendo da altri elementi extra testuali o da quelli desumibili da altri atti ad essi collegati.

In altre parole, in assenza di evasione d'imposta, la tassazione per il tributo di registro deve avvenire in base agli effetti dell'atto.

Se invece sussiste evasione d'imposta, l'imposizione deve avvenire in considerazione dell'effettiva sostanza economica del medesimo, con conseguente disconoscimento ai soli fini fiscali degli effetti giuridici.

Ad esempio, un atto viene presentato alla registrazione come comodato di beni immobili fra soggetti privati, ma nello stesso vi è la puntuale previsione del pagamento di canoni periodici dal comodante al comodatario. Nonostante questo, il richiedente la registrazione, ai fini dell'imposta di registro, domanda la tassazione con imposta fissa, quale comodato di beni immobili, ai sensi dell'art.5, ultimo comma, della Tariffa, Parte prima, allegata al DPR n.131 del 1986.

In tal caso, l'Ufficio, in forza dell'art.20 del DPR n.131 del 1986, nell'accertamento dell'effettiva tassazione - in considerazione della vera sostanza economica del contratto quale locazione di beni immobili, - procederà all'applicazione dell'aliquota del 2% sui canoni, in forza della lett.b), dell'antecedente primo comma, del predetto art.5, della Tariffa, Parte prima, allegata al DPR n.131 del 1986.

**Quindi la norma di cui all'art.20, del DPR n. 131 del 1986, pure per il passato in forza della Legge di Bilancio 2019, n.145 del 2018, non più come norma antiabuso, ormai definitivamente superata in questa funzione dall'art.10/bis dello Statuto, bensì come norma con funzione accertativa diretta esclusivamente a contrastare i fenomeni di evasione in materia di imposta di registro e non le pratiche abusive.**

Inoltre, in tema di uso distorto delle norme, esiste la tematica delle operazioni c.d "*circolari*" dove, partendo da una data situazione, al termine della sequenza, sostanzialmente, si ritorna alla medesima situazione.

In tal caso vi è un'evidente violazione della "ratio legis" delle norme usate, delle finalità e principi delle stesse, con conseguente abuso del diritto, disconoscimento delle relative operazioni e tassazione delle medesime in base alla loro sostanza economica.

**L'Agenzia delle Entrate, con la risposta ad interpello n. 30 del giorno 8.10.2018**, ha esaminato un caso di operazioni circolari, dove 4 (quattro) persone fisiche volevano conferire le loro singole partecipazioni di minoranze detenute in una società X, pari complessivamente al 100% del capitale sociale della stessa, in una società conferitaria di nuova costituzione Y con il c.d. "regime del realizzo controllato" di cui all'art.177, comma 2, del TUIR, per poi procedere alla scissione parziale della conferitaria Y, non proporzionale e asimmetrica, in 3 (tre) SRL unipersonali (A1, A2 e A3) ciascuna avente una partecipazione nella predetta X, oltre la restante partecipazione della Y nella X.

La sequenza è sostanzialmente circolare, perché le 4 (quattro) partecipazioni di minoranza nella X, in origine detenute direttamente come persone fisiche, al termine sono detenute indirettamente attraverso le 4 (quattro) SRL unipersonali (Y, A1, A2 e A3).

Come tale priva di sostanza economica, con l'unico scopo di evitare la tassazione del conferimento diretto delle partecipazioni da parte delle persone fisiche nelle SRL unipersonali.

In tale evenienza, gli effetti formali delle operazioni non possono essere riconosciuti dall'amministrazione, che procede al loro disconoscimento in favore della sostanza economica, con la tassazione ai fini IRPEF di questa e non dei primi, tenendo conto degli effetti impositivi del conferimento diretto delle partecipazioni delle persone fisiche alle SRL unipersonali.

Pertanto, nell'attuale legislazione tributaria, il contribuente può perseguire il risparmio d'imposta, se legittimo, perché giustificato da valide ragioni extrafiscali, non marginali, o se questo risultato viene attuato mediante la scelta fra regimi opzionali diversi o tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale non può mai determinare un risparmio d'imposta indebito (**commi 3 e 4, dell'art. 10/bis, dello Statuto**).

Se invece viene attuato per mezzo di "operazioni circolari" nell'ambito di disegno unitario e preordinato attraverso operazioni apparenti di "simulazione oggettiva o soggettiva" poste in essere con la volontà di non realizzarle ovvero riferite a soggetti fittiziamente interposti (c.d. "interposizione fittizia"), oppure mediante operazioni attuate con "mezzi fraudolenti" tramite condotte artificiose realizzate in violazione delle norme fiscali con una falsa rappresentazione della realtà, siamo nel novero dell'abuso del diritto (per le operazioni circolari) ovvero dell'evasione (per le operazioni simulate, interposte o in frode alla legge).

In altre parole, per queste ultime non si può parlare di abuso del diritto, trattandosi di vera e propria evasione d'imposta, perché in ambito tributario, le simulazioni, le interposizioni e i comportamenti in frode alla legge, non determinando, per definizione stessa delle predette situazioni, il rispetto formale delle disposizioni tributarie, conseguentemente causano evasione d'imposta e non abuso del diritto.

In questo contesto, la norma ordinata dall'art.37, comma 3, del DPR n.600 del 1973, in materia di "controllo delle dichiarazioni", secondo cui, anche sulla base di presunzioni semplici, possono essere imputati al contribuente i redditi formalmente appartenenti a soggetti fittiziamente interposti, è precetto diretto a contrastare fenomeni di evasione e non norma anti-abuso, ormai definitivamente circoscritta, quale principio generale per tutti i tributi, dall'art.10/bis Statuto.

Indiretta conferma di questo si ha nel successivo comma 4, del medesimo art.37, DPR 600/73, secondo cui in materia di relativo interpello viene richiamata la lettera a), e non la lettera c), del susseguente art.11, Statuto.

Con l'importante conseguenza che, trattandosi di "interposizione fittizia", così come negli altri casi di fenomeni evasivi, quali le simulazioni o i comportamenti in frode alle leggi, oltre le sanzioni amministrative tributarie, vi può essere l'applicazione della legge penale tributaria.

Mentre nel caso di operazioni in abuso del diritto, con un uso distorto delle norme tributarie per realizzare essenzialmente un risparmio d'imposta indebito, quali le "operazioni circolari", il sistema afflittivo, ai sensi dell'art.10, comma 13, Statuto, resta limitato alle sole sanzioni tributarie non penali.



### 3.3.3 I FATTI CONTRARI.

Nei fatti contrari all'abuso del diritto, sostanzialmente, si possono ricomprendere le difese del contribuente. Queste difese possono essere esperite nella fase endoprocedimentale ovvero nella fase processuale.

### 3.3.4 FASE ENDOPROCEDIMENTALE.

Quanto alla fase endoprocedimentale, i commi 6 e 7, dell'art. 10-bis dello Statuto, ordinano una speciale procedura che, partendo da una richiesta obbligatoria di chiarimenti dell'Ufficio e concludendosi con la risposta della parte, provoca un preventivo confronto, dove il contribuente può esercitare le sue difese prima della ricezione dell'atto impositivo, correlativamente l'amministrazione può assicurare maggiore efficienza nell'esercizio della azione impositiva di contrasto all'abuso del diritto.

In questo contesto, l'azione dell'Ufficio sull'abuso del diritto non si basa su prove documentali o su prove legali, gli unici fatti storici precostituiti sono rappresentati dalle operazioni materiali poste in essere dal contribuente.

La valutazione delle stesse, in ordine all'esistenza dei presupposti costitutivi dell'abuso del diritto, implica un'attività discrezionale dell'Ufficio, contraddistinta da considerevole difficoltà tecnico – giuridica, che comunque non può non discostarsi dai canoni di gravità, precisione e concordanza, essendo l'azione fiscale contro l'abuso del diritto nel novero delle valutazioni, come tali degli accertamenti presuntivi semplici.

Infatti, l'accertamento dell'abuso del diritto nei suoi presupposti costitutivi non si basa sull'opposizione al contribuente di accadimenti materiali, essendo questi esclusivamente riferiti alle concrete operazioni attuate dal contribuente, bensì su un giudizio (su una valutazione) dell'amministrazione finanziaria che, nella salvaguardia dei principi costituzionali di effettività del diritto di difesa e di efficienza amministrativa di cui agli art.li 24 e 97, della Costituzione, richiede un effettivo confronto con il contribuente.

Pertanto, a norma del comma 6, dell'art.10/bis, dello Statuto, la contestazione dell'abuso, sotto pena di nullità del successivo atto impositivo, deve essere portata a conoscenza del contribuente, prima della notifica al medesimo dell'atto autoritativo, mediante una “*richiesta di chiarimenti*”, la quale deve contenere “*i motivi per i quali si ritiene configurabile un abuso del diritto*”.

Nel complesso si hanno le seguenti regole:

- 1) il contribuente deve ricevere la predetta **richiesta di chiarimenti** prima della notifica dell'atto impositivo, in mancanza l'atto di accertamento è nullo;
- 2) nella richiesta devono essere indicati i **motivi** per i quali l'Ufficio ritiene che sussistono i presupposti costitutivi dell'abuso;
- 3) la richiesta deve essere **notificata** al contribuente nel rispetto dell'art.60, del DPR n.600 del 1973, in materia di notificazione degli atti tributari;
- 4) l'azione che precede (la notifica della richiesta di chiarimenti) deve essere attuata entro il termine di **decadenza** dell'azione impositiva, disciplinata dagli art.li 43, del DPR n.600/1973, 57, DPR n.633/1972 per l'IVA e 76, del DPR n.131/1986, rispettivamente, per le imposte dirette, per l'IVA e per l'imposta di registro;
- 5) l'Ufficio deve assegnare al contribuente per la risposta un tempo non inferiore a **60 giorni**;
- 6) l'ufficio, fra la data di ricezione della risposta del contribuente ovvero di inutile decorso del termine assegnato al medesimo, da un lato, e il termine ultimo di decadenza dell'azione fiscale, dall'altro lato, deve avere a disposizione almeno **60 giorni** per poter valutare la risposta e notificare il relativo atto impositivo al contribuente;
- 7) se vi sono meno di sessanta giorni, il termine ultimo di decadenza è automaticamente **prorogato** al predetto sessantesimo giorno;
- 8) il susseguente atto impositivo, sotto pena di nullità del medesimo, deve essere specificatamente **motivato** con riferimento alle operazioni poste in essere dal contribuente i motivi per cui le predette operazioni sono “*prive di sostanza economica*”, il “*vantaggio fiscale indebito*” perseguito dal

contribuente come scopo essenziale delle operazioni, le norme e i principi per cui è stato fatto un uso distorto, la risposta dell'amministrazione alle giustificazioni fornite dal contribuente in seguito alla richiesta di chiarimenti.

Nella predetta fase endoprocedimentale sussiste quindi un "contraddittorio anticipato", dove il contribuente ha un diritto soggettivo al medesimo e la relativa omissione da parte dell'amministrazione finanziaria causa la nullità del successivo atto di accertamento.

L'Ufficio, correlativamente, ha l'obbligo di attivare il predetto contraddittorio mediante una notificazione formale di "richiesta di chiarimenti", onde garantire al contribuente la salvaguardia dei principi costituzionali di effettività del diritto di difesa e di efficienza dell'azione amministrativa.

La "richiesta di chiarimenti", in forza del richiamo all'art.60, del DPR n.600 del 1973, deve essere fatta per iscritto, quindi non può essere eseguita nel corso di un contraddittorio con il contribuente.

Nello specifico deve essere fatta mediante le ben note modalità di notificazione previste dal citato art.60, DPR n.600 del 1973, quindi con esclusione di una semplice "lettera raccomandata", come invece precedentemente ammesso dall'abrogato art.37/bis, comma 4, del DPR n.600 del 1973.

Invece, in forza delle modifiche apportate dall'art.7/quarter, comma da 6 a 8 del DL. n. 193 del 2016, nell'ambito del citato art.60, DPR n.600/1973, la predetta richiesta potrà essere trasmessa anche mediante **posta elettronica certificata** all'indirizzo PEC del contribuente, secondo le specifiche modalità attualmente disciplinate dall'ultimo comma del detto art.60, DPR n.600/1973.

In tal caso, al fine del rispetto del termine di decadenza della "richiesta di chiarimenti" entro il termine di decadenza dell'azione impositiva sull'anno d'imposta, la notificazione si intende comunque perfezionata per il notificante quando il gestore della PEC gli trasmette la ricevuta di accettazione con la certificazione temporale dell'avvenuta trasmissione con la nota frase "il messaggio è stato accettato dal sistema ed inoltrato".

La "richiesta di chiarimenti" potrà essere fatta sia dall'Ufficio territorialmente competente dell'Agenzia delle Entrate, che da parte della Guardia di Finanza, quest'ultima possibilità ammessa nella circolare n.1/2018 della medesima Gdf, Vol III, pag. 303 e seguenti.

In quest'ultimo caso, nulla esclude, che il contribuente fornisca successivamente altre ulteriori delucidazioni all'Ufficio delle Entrate competente alla notifica dell'atto impositivo (o comunque nella successiva fase processuale).

Resta comunque fermo che la valutazione finale dei chiarimenti del contribuente, ai fini della notificazione dell'atto impositivo, è di esclusiva competenza del predetto Ufficio, il quale nell'avviso di accertamento dovrà procedere mediante la c.d. "motivazione rafforzata" spiegare le ragioni per cui, nonostante le giustificazioni del contribuente, ha ugualmente notificato l'atto impositivo.

In questo scenario invece la risposta del contribuente può essere effettuata anche mediante verbalizzazione.

La notificazione della richiesta ai sensi dell'art.60 del DPR n.600 del 1973 e l'indicazione in essa dei motivi per cui l'ufficio ritiene che sussiste un disegno abusivo sono 2 (due) elementi essenziali, in mancanza dell'uno o dell'altro, la successiva azione impositiva è affetta da nullità insanabile.

Il contribuente, in considerazione della natura ricettizia dell'atto di "richiesta chiarimenti", ha la decorrenza del termine per rispondere, non dalla data di invio della richiesta, ma dalla data della sua ricezione.

Nel corso di questo termine l'Ufficio, per ovvi motivi, non può emettere l'atto impositivo, pena l'illegittimità del medesimo.

Da altra angolazione, tuttavia, non è soggetto a tematiche di accertamento anticipato, ex. art.12, comma 7, dello Statuto dei Diritti del Contribuente.

Invero, tra la data di ricezione da parte dell'Ufficio della risposta del contribuente o di inutile decorso del termine assegnato al contribuente stesso per rispondere, da un lato, e il termine ultimo di decadenza dell'azione impositiva sull'anno d'imposta, dall'altro, non possono intercorrere meno di sessanta giorni.

In difetto, se intercorrono meno di 60 (sessanta) giorni, il termine ultimo di decadenza per la notificazione dell'atto impositivo è automaticamente prorogato fino a concorrenza dei 60 (sessanta) giorni.

A ben notare, negli accertamenti "anti abuso" il termine di decadenza è collegato, non alla notificazione dell'atto impositivo, bensì alla richiesta di chiarimenti.

Se la notificazione della richiesta avviene a ridosso del predetto termine di decadenza (ad esempio il giorno 28 dicembre), il contribuente avrà comunque 60 (sessanta) giorni di tempo per rispondere, decorrenti dalla data di ricezione della richiesta, in ipotesi anche nell'anno dopo, purché la richiesta sia stata notificata l'anno prima.

L'Ufficio, invece, dalla ricezione della risposta o dall'inutile trascorso dei 60 (sessanta) giorni, avrà a disposizione ulteriori 60 (sessanta) giorni per notificare l'atto impositivo.

Il predetto atto, tuttavia, sarà soggetto a decadenza dell'azione fiscale dell'amministrazione per altri eventuali addebiti non relativi specificatamente all'abuso del diritto.

L'omissione di risposta del contribuente non è specificatamente sanzionata nell'art.10/bis dello Statuto.

Invero, l'onere di prova a carico del contribuente è disciplinato nel comma 9, successivo al comma 8, che si riferisce specificatamente all'atto impositivo e non alla fase endoprocedimentale, tuttavia, in considerazione delle ben note preclusioni processuali comandate purtroppo dall'art.32, comma 4, del DPR n.600 del 1973, è consigliabile che il contribuente si attivi, per fornire una risposta all'Ufficio, seppur minima, purché non formalistica, ma con contenuto sostanziale.

Questo anche perché, nel caso concreto, è presumibile che la richiesta di chiarimenti dell'Ufficio, nella sua parte finale, motivi sia la prescrizione ordinata dal predetto art.32, comma 4, del DPR n.600 del 1973, che quelle da ultimo introdotte con l'art.11, del DL n.201 del 2011, in tema di trasmissione di atti o documenti falsi ovvero di fornitura all'Ufficio da parte del contribuente di dati e notizie non rispondenti al vero.

In quest'ultima evenienza (dati e notizie non rispondenti al vero), tuttavia, siccome l'abuso del diritto non è sanzionato penalmente, ai sensi del comma 13, dell'art.10/bis, dello Statuto, non vi "dovrebbero" essere le relative conseguenze (ad ogni buon conto è vivamente consigliabile di evitare di fornire all'amministrazione dati o notizie rientranti nella predetta fattispecie passibile di conseguenze penali).

In tal caso, l'obbligo dell'Ufficio di motivare nell'atto impositivo le ragioni del dissenso in riferimento alle risposte fornite dal contribuente (c.d. "*motivazione rafforzata*"), potrà essere esercitato dal medesimo con minore intensità, avendo il contribuente fornito una risposta non particolarmente esaustiva.

Nella predetta situazione, questa minore intensità nella motivazione dell'atto impositivo, tuttavia, sarà presumibilmente insita nel predetto atto, anche in riferimento alla spiegazione da parte dell'Ufficio dei presupposti costitutivi dell'abuso del diritto, sui quali la pretesa del medesimo tenderà essenzialmente ad ancorarsi ai primi motivi già illustrati nella richiesta di chiarimenti.

### **3.3.5. FASE PROCESSUALE.**

Nella successiva eventuale fase processuale, nulla vieta che il contribuente introduca nel giudizio tributario, a norma dell'art.18, del D.Lgs. n.546 del 1992, tutto il ventaglio dei suoi motivi d'impugnazione, indipendentemente dalle risposte fatte alla "richiesta di chiarimenti" dell'Ufficio.

Questo comunque sul presupposto che il contribuente, come consigliato nel paragrafo che precede, abbia fornito comunque una risposta all'Ufficio, non solo formale, ma anche sostanziale, seppure minima, onde evitare che gli sia contestato, a norma dell'art.32, comma 4, del DPR n.600 del 1973, una preclusione processuale.

Premessa la notifica dell'atto impositivo nel rispetto della procedura delineata dai commi 6 e 7, dell'art.10/bis, Statuto e con i requisiti ordinati dal successivo comma 8, dell'art.10/bis, Statuto, il contribuente, nel ricorso introduttivo, deve offrire al processo i fatti contrari alla pretesa.

La motivazione nell'impugnato atto impositivo dei presupposti costitutivi dell'abuso determina, in ogni caso una **inversione dell'onere probatorio** nei riguardi della parte contribuente sui fatti affermati dall'Ufficio nell'atto stesso.

Da qui la necessità che il contribuente esponga nel ricorso i predetti fatti contrari, ovverossia i fatti impeditivi, modificativi o estintivi del diritto azionato dall'Ufficio.

La non contestazione degli stessi provocherebbe, inoltre, nei confronti del contribuente, il “*principio di non contestazione*”, di cui all'art.115, C.P.C., applicabile al processo tributario, ex. art.1, comma 2, del D.Lgs. n.546 del 1992.

Quest'ultimo, comunque, è perseguito dal comma 9, dell'art.10/bis, Statuto, perché in forza di questa norma è ordinato l'onere del contribuente di provare l'esistenza di valide ragioni extrafiscali, non marginali.

Queste ai sensi del precedente comma 3 possono essere anche rappresentate da motivazioni di ordine gestionale o organizzativo che rispondono a finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa o dell'attività professionale del contribuente.

**La difesa del contribuente si pone quindi, in un primo momento, su un piano diverso rispetto alla tesi accusatoria dell'Ufficio.**

Mentre l'Ufficio deve soprattutto dimostrare l'essenzialità del risparmio d'imposta indebito, il contribuente deve provare la sussistenza di valide ragioni extrafiscali, non marginali, delle operazioni, che le stesse hanno una sostanza economica. In questo caso l'eventuale risparmio d'imposta è legittimo e la relativa tassazione può essere fatta in base agli effetti giuridici delle operazioni poste in essere.

Quindi, “sembra” sussistere questa contrapposizione tra le prove dell'accusa e della difesa:

dell'Ufficio: l'essenzialità del risparmio d'imposta indebito;

del contribuente: la sussistenza di valide ragioni extrafiscali non marginali.

Nello specifico, per la parte contribuente, la difesa che l'insieme delle operazioni fatte corrisponde a normali logiche di mercato o è coerente con la qualificazione delle singole operazioni, ad esempio perché se fosse stata posta in essere l'operazione invece prospettata dall'amministrazione si avrebbero avuto maggiori costi, rischi o tempi di attuazione.

Nel caso concreto, quindi, la difesa del contribuente che le alternative tra loro possibili, ovvero il confronto tra quella attuata dal contribuente e quella prospettata dall'amministrazione, solo formalmente portano al medesimo risultato, perché nella loro sostanza hanno evidenti aspetti di differenziazione, che possono avere determinato l'operazione scelta dal contribuente.

Quanto precede in riferimento alla confutazione del merito dell'abuso da parte del contribuente, in relazione all'onere di prova sancito dal predetto comma 9, dell'art.10/bis, del D.lgs. n.546 del 1992 di dimostrare l'esistenza di valide ragioni extrafiscali, non marginali.

**A ben notare, tuttavia, questa contrapposizione fra prove dell'accusa e prova della difesa è solamente apparente.**

Perché se, da un lato, l'esistenza di un risparmio d'imposta indebito come causa essenziale delle operazioni comporta, di regola, che le stesse siano prive di sostanza economica, dall'altro lato, la sussistenza di valide ragioni extrafiscali non marginale determina, generalmente, l'esistenza di un legittimo risparmio d'imposta.

Quindi amministrazione e contribuente solo formalmente operano su due piani diversi.

**Nella dialettica probatoria esistente fra le parti, in riferimento alla materia controversa dell'abuso del diritto, sia l'una, che l'altro, nei rispettivi ruoli sostanziali di attore (l'amministrazione) e di convenuto (il contribuente) del processo, sono tesi a dimostrare, rispettivamente, l'esistenza ovvero l'inesistenza dei presupposti costitutivi dell'abuso.**

Nulla vieta infatti che la predetta prova contraria alla pretesa di abuso dell'Ufficio sia indirizzata sulla confutazione diretta del risparmio d'imposta indebito contestato dall'amministrazione, attraverso la dimostrazione che vi è stata la scelta di regimi opzionali diversi ovvero tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale.

Ad esempio, in riferimento all'estinzione di una società, la scelta di una fusione a carattere neutrale anziché una liquidazione con connotati realizzativi.

Inoltre, preliminarmente, prima delle confutazioni sul merito, la parte contribuente può contestare la nullità dell'atto impositivo ricevuto in relazione alla procedura di accertamento come ordinata dai commi 6 e 7 dell'art.10/bis, dello Statuto ovvero in riferimento all'atto stesso come disciplinato dal susseguente comma 9. Così, ad esempio, in riferimento alla procedura, che la "richiesta di chiarimenti" è stata omessa o è stata effettuata in lesione dell'art.60, del DPR n.600 del 1972 o non ha indicato i motivi per cui l'Ufficio ritiene configurabile il disegno abusivo.

Oppure, in relazione all'atto impositivo ricevuto, che lo stesso non indica le norme e i principi per cui vi è stato un uso distorto o che non espone le ragioni del dissenso in ordine alle giustificazioni fornite dal contribuente prima della ricezione dell'atto impositivo.

Vi è quindi un largo ventaglio di difese esperibili dal contribuente, che tuttavia hanno la loro **centralità** nella dimostrazione dell'inesistenza di un risparmio d'imposta indebito come causa essenziale delle operazioni, in quanto poste in essere per valide ragioni extrafiscali non marginali.

Queste difese, anche se non sono esperite completamente nella fase endoprocedimentale, possono essere dispiegate nella loro totalità avanti il giudice tributario, nel rispetto del principio della "*corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato*", di cui all'art.112 C.P.C., applicabile al processo tributario ex art.1, comma 2, del D.Lgs. n.546 del 1992.

Nonché, nel rispetto dell'art.18, del medesimo D.Lgs. n.546 del 1992, secondo cui il contribuente nel ricorso introduttivo del processo deve offrire al giudizio tutti i suoi motivi d'impugnazione, pena il vizio nei successivi atti di "motivi nuovi", in lesione, oltre che del citato art.18, del D.Lgs. n.546 del 1992, degli art.li 24 e 32, del medesimo D.L.gs. n.546/92.

Con la finale precisazione che, nelle more del processo di primo grado concernente la materia controversa dell'abuso del diritto, ai sensi dell'art.10/bis, comma 10, dello Statuto, non vi è da parte dell'Ufficio resistente iscrizione provvisoria a ruolo di importi contro la parte ricorrente.

La predetta iscrizione, in caso di giudizio della Commissione Provinciale sfavorevole, in tutto o in parte, al contribuente, avverrà dopo il deposito della relativa Sentenza, ai sensi degli art.li 68 del D. Lgs. n. 546 del 1992, per le imposte e gli interessi e 19, del D.Lgs. n.472 del 1997, per le sanzioni, nella misura di 2/3 (due terzi) degli importi decisi contro il contribuente, ovvero nella loro integralità se la predetta Sentenza non viene impugnata alla Commissione Regionale, diventando definitiva, con conseguente "autorità di cosa giudicata".

### **3.3.6. CONCLUSIONI.**

L'analisi svolta ha dimostrato che la tematica dell'abuso del diritto è connotata da una forte dialettica fra amministrazione e contribuente, sia nella fase endoprocedimentale, che in quella processuale.

Il confronto tra le rispettive motivazioni e prove, nelle due fasi, è contraddistinta, infatti, da incisive tematiche di natura formale e sostanziale, sia disciplinate dall'art.10/bis, dello Statuto, che lasciate alla libera iniziativa delle parti,

Questo, tuttavia, con particolare riferimento alla parte contribuente, in considerazione che l'amministrazione, nella sua discrezionalità tecnica, è comunque soggetta al principio costituzionale dell'efficienza dell'attività amministrativa di cui all'art.97, della Costituzione.

Invero, nella fase endoprocedimentale, l'amministrazione ha l'obbligo, negli aspetti formali, di attivare le procedure di contraddittorio anticipato con il contribuente, motivando al medesimo, negli aspetti sostanziali, le ragioni per cui ritiene sussistente i presupposti costitutivi dell'abuso del diritto.

Il contribuente, invece, ha il diritto soggettivo di avere tale contraddittorio e di opporre nel corso del medesimo tutte le sue difese.



Tuttavia, nei predetti aspetti formali e sostanziali, il contribuente ha anche la facoltà di non partecipare a detta procedura, salvo l'eventuale contestazione nei confronti del medesimo della preclusione processuale ex art.32, comma 4, del DPR n.600 del 1973, ovvero, preferibilmente rispetto alla prima ipotesi di non partecipare al contraddittorio, di intervenire nello stesso opponendo solo una parte delle sue difese.

Nella successiva eventuale fase processuale, mentre le motivazioni e le prove dell'Ufficio resistente, negli aspetti sostanziali, saranno essenzialmente ancorate all'intensità delle difese esperite dal contribuente nella fase endoprocedimentale, quest'ultimo nel ricorso introduttivo, potrà motivare e provare tutte le sue eccezioni e questioni, indipendentemente dalla consistenza delle difese esperite nella fase antecedente la ricezione dell'atto impositivo.

Fermo restando l'onere della parte ricorrente, imposto dall'art.10, comma 9, del D. Lgs. n.546 del 1992, di dimostrare al giudizio l'esistenza di valide ragioni extrafiscali, non marginali, in questa fase le difese del contribuente potranno avvenire - oltre che in riferimento agli aspetti procedurali della fase istruttoria e motivazionali dell'atto impositivo, disciplinati, rispettivamente, dai commi 6 e 7 (i primi) e 8 (i secondi) dell'art.10/bis, Statuto - sul merito, in riferimento all'inesistenza dell'essenzialità del risparmio d'imposta indebito.

Quindi che non vi è stato un uso distorto delle norme, al fine della costruzione di un disegno abusivo, per eludere i divieti e gli obblighi imposti dalle norme e dai principi dell'ordinamento tributario

Dunque, la motivazione e la prova da parte del contribuente dell'inesistenza del presupposto costitutivo dell'abuso del diritto.

A ben notare, pertanto, le tesi dell'accusa e le difese del contribuente in ordine all'abuso del diritto, nella dialettica sussistente fra le stesse, solo apparentemente sono situate su livelli diversi, perché nella sostanza si pongono su un medesimo piano.

**In ultima analisi, la confutazione da parte del contribuente che sussistono valide ragioni extrafiscali, non marginali, sostanzialmente, altro non è che la motivazione e la prova che non esiste un risparmio d'imposta indebito e che pertanto l'abuso del diritto non può insorgere a giuridica esistenza.**



*Ordine dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili di Arezzo*

*Piazza Guido Monaco 1/A - 52100 Arezzo*

*Tel. e fax 0575353254 0575295952*

*e-mail: [info@commercialistiarezzo.it](mailto:info@commercialistiarezzo.it)*

*e-mail: [segreteria@commercialistiarezzo.it](mailto:segreteria@commercialistiarezzo.it)*

*[www.commercialistiarezzo.it](http://www.commercialistiarezzo.it)*