

Giuseppe Ripa

**ARGOMENTI SULL'ELUSIONE**

Il volume raccoglie i contributi dell'autore apparsi su *Italia Oggi* che vengono qui riproposti con l'autorizzazione dell'editore che si ringrazia per la sua disponibilità.

Il volume, finito di stampare il 1 gennaio 2003, ha una circolazione limitata al solo ambito didattico ed accademico.

## INDICE

Creare trust o società estere non significa eludere il fisco.....	p.1
Operazioni societarie senza cliché.....	4
L'antielusione stritola i contribuenti.....	7
Elusione, il fisco tarpa le ali.....	10
L'attività effettiva supera l'elusione.....	28
La scure antielusiva sui Capital Gain.....	31
Punibilità ridotta per le elusioni.....	34
A tutto campo la lotta all'elusione.....	38
Cessioni di crediti nel mirino della gdf.....	41
Antielusione, disapplicazione doc.....	44
La lotta all'elusione scruta il passato.....	48
Norme antielusive cucite su misura.....	52
Maggiori controlli sui paradisi fiscali.....	56
Deduzioni aperte per crediti ceduti.....	59

## **Creare trust o società estere non significa eludere il fisco**

*Il fatto che l'accesso allo scudo sia consentito anche a chi possiede attività per interposta persona non è argomento a favore.*

L'allargamento dell'ambito di applicazione dello scudo anche ai soggetti che possiedono attività all'estero per il tramite di interposizione fittizia non deve determinare un'automatica presunzione di elusività per quegli istituti che possono essere legittimamente utilizzati per schermare e destinare a specifiche finalità i propri patrimoni; è questo il monito che deve essere lanciato dopo che l'amministrazione finanziaria ha più volte sottolineato la possibilità di accedere alle disposizioni di cui alla legge n. 409/01 non solo per coloro che direttamente possiedono attività finanziarie fuori dai confini nazionali, ma anche per tutti i contribuenti che formalmente non figurano come titolari dei beni eventualmente oggetto di rimpatrio o di regolarizzazione ma che ne detengono a tutti gli effetti la disponibilità.

È già stato sottolineato che la disciplina dello scudo fiscale abbraccia un gran numero di contribuenti; ciò perché, se è vero che essa è diretta esclusivamente alle persone fisiche e non coinvolge invece i soggetti societari, è vero altresì che spesso le disponibilità giacenti fuori dal territorio nazionale sono intestate ad altri soggetti, anche di natura societaria.

L'amministrazione finanziaria ha sempre sottolineato, fin dalle prime interpretazioni fornite, la possibilità di presentare la dichiarazione riservata da parte di quegli investitori pentiti che volessero far affiorare ricchezze ufficialmente intestate ad altre persone ma sostanzialmente di loro possesso.

Così, nella circolare n. 85/E del 1° ottobre 2001, si era già sottolineato che in considerazione della finalità del provvedimento che è quella di consentire l'emersione di attività comunque riferibili al contribuente, detenute al di fuori del territorio dello stato, essa è ammessa non soltanto nel caso di possesso diretto delle attività da parte del contribuente, ma anche nel caso in cui le predette attività

siano intestate a società fiduciarie o siano possedute dal contribuente per il tramite di interposta persona'. Naturalmente l'affermazione aveva suscitato fin da subito parecchie perplessità, soprattutto in assenza di una specifica descrizione delle situazioni passibili di rientrare nell'ambito applicativo della sanatoria. Così, nella circolare n. 99/E del 4 dicembre 2001, ecco che l'Agenzia delle entrate ritorna sull'argomento dando una definizione della nozione di interposta persona; ebbene in tale sede, pur tenendo conto del fatto che una generalizzazione del concetto di interposizione non può ritenersi possibile, si portavano alcuni esempi significativi, citando 'una società localizzata in un paese avente fiscalità privilegiata, non soggetta ad alcun obbligo di tenuta delle scritture contabili, in relazione alla quale lo schermo societario appare meramente formale e ben si può sostenere la titolarità dei beni intestati alla società spetti in realtà al socio che effettui il rimpatrio' e addirittura 'un trust revocabile (per cui il titolare va identificato nel disponente o settlor) ovvero un trust non discrezionale, nei casi in cui il titolare può essere identificato nel beneficiario'.

Addirittura nell'ultimo intervento interpretativo affidato alla circolare n. 9/E del 30 gennaio 2002, rispondendo a uno specifico quesito si è arrivati a confermare la possibilità di fruire dello scudo in una situazione caratterizzata dal possesso di partecipazioni detenute all'estero in una società non residente a ristretta base societaria che possiede in tutto o in parte attività quali immobili e partecipazioni. È stato detto che 'in luogo del rapporto formale prevale la realtà fattuale che vede nella persona fisica il detentore dei beni intestati alla società interposta. Ne consegue che, eliminato lo schermo societario, è consentito effettuare il rimpatrio o la regolarizzazione in applicazione dei principi generali del provvedimento, vale a dire quando i beni e le attività da fare emergere con la dichiarazione riservata siano detenuti all'estero'.

Se queste sono le posizioni dell'amministrazione finanziaria, divenute via via più elastiche e permissive, non bisogna dimenticare che le stesse, come specificato dal passo della circolare n. 85/E già citato, devono essere inserite nel contesto della disciplina di emersione delle attività detenute all'estero. In sostanza la possibilità

di accedere allo scudo facendo cadere lo schermo costituito dall'interposizione fittizia, sia essa rappresentata da un trust o da una società fiduciaria o da una società estera, non deve portare alla automatica conclusione che in ogni caso tali situazioni configurino una interposizione fittizia atta a far scattare le disposizioni di cui all'articolo 37 del dpr n. 600/73. Il comma 3 di tale disposizione sancisce che 'in sede di rettifica o di accertamento d'ufficio sono imputati al contribuente i redditi di cui appaiono titolari altri soggetti quando sia dimostrato, anche sulla base di presunzioni gravi, precise e concordanti, che egli ne è l'effettivo possessore per interposta persona'.

È chiaro che non sempre la costituzione di una società estera o di un trust discrezionale è finalizzato a realizzare quell'operazione elusiva che l'articolo 37 intende reprimere. Del resto tutte le disposizioni antielusive disseminate nell'ordinamento tributario nazionale prevedono sempre la prova contraria da parte del contribuente che può dimostrare come nel caso specifico nessuna elusione si sia verificata. Tant'è che anche il comma 8 dell'articolo 37-bis prevede un'apposita procedura per richiedere la disapplicazione delle norme elusive in presenza di determinate situazioni.

Ciò che si vuole sottolineare, insomma, è che le affermazioni contenute nelle varie circolari riportate non devono essere lette come un segnale da parte dell'amministrazione finanziaria contro tutti quegli istituti o quelle operazioni che possono dar luogo a fenomeni elusivi; la possibilità di ricondurre alla persona fisica effettivamente titolare le attività attribuite al soggetto interposto va vista solo in senso favorevole al contribuente per consentire allo stesso l'accesso alla sanatoria. Fuori dall'ambito dello scudo fiscale non può esistere automatico collegamento tra elusione e forme di pianificazione internazionale legittime e previste dall'ordinamento fiscale.

*Numero 042, pag. 38 del 19/2/2002*

## Operazioni societarie senza cliché

*Dall'Associazione dei dottori commercialisti di Milano indicazioni sulle valide ragioni economiche.*

*Niente elusione se c'è dissidio tra soci o cambio generazionale*

La sussistenza o meno delle valide ragioni economiche deve essere valutata caso per caso; non possono dunque accettarsi indiscriminate predeterminazioni. Cosicché, non possono considerarsi elusive, per esempio, le ristrutturazioni rese necessarie per un persistente dissidio tra soci o dovuti al ricambio generazionale. Così si esprime la norma di comportamento n. 147 emanata dalla Associazione dottori commercialisti di Milano avente ad oggetto la nozione di valide ragioni economiche alla luce della norma antielusiva ex art. 37-bis, dpr n. 600/73. In verità l'intestazione della nota, in quanto tesa a dare una definizione al concetto di specie si contrappone, a rigore, al suo contenuto giacché, per l'appunto, non può esistere una nozione del genere visto che, comunque, occorre calarsi nel merito della questione e valutare se essa stessa presenti o meno tali caratteristiche. Il ricordato art. 37-bis mira quindi a rendere inopponibili all'amministrazione finanziaria le operazioni prive di valide ragioni economiche dirette ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi altrimenti indebiti.

Si tratta di condizioni tra loro collegate che debbono quindi necessariamente coesistere. Se non c'è aggiramento di norme è inutile verificare se l'operazione sia o meno antieconomica. Così pure, se non si ottengono vantaggi tributari, è inutile avventurarsi in tale ricerca. È vero che la condizione volta a far sì che ci sia un 'aggiramento' è eccessivamente pleonastica ma la si dovrebbe contrapporre, tuttavia, con il concetto di risparmio di imposta ritenuto invece del tutto lecito a aprioristicamente. Ciò in quanto un evento del genere presuppone pur sempre una volontà del tutto diversa dal mero risparmio di imposta.

Tutto ruota, quindi, attorno al labile concetto di valide ragioni economiche che la norma di comportamento in commento

fa risalire alla sentenza interpretativa della Corte di Giustizia C.E. n. C-28/95 del 17/7/97. Anzi è proprio ai concetti in questa espressi, in quanto preordinati a dare un senso alla norma antielusiva di cui all'art. 37-bis del dpr 600, che occorre rifarsi in prima battuta per decifrare il concetto di specie.

Il primo insegnamento, pur nella sua ovvietà, è tranciante: per accertare se l'operazione presa in considerazione abbia un obiettivo elusivo, ricorda la nota, le autorità nazionali non possono limitarsi ad applicare criteri predeterminati. Ciò è coerente con il principio di proporzionalità delle misure adottabili rispetto alla potenzialità elusiva dell'operazione. Ecco allora, puntualizza l'Adc, che una operazione mirante a configurare una determinata struttura per un periodo limitato, può perseguire egualmente valide ragioni economiche anche se ciò può costituire un semplice indizio di elusione. Da qui, si ricorda, l'invalidità del cosiddetto criterio del 'business purpose' nel momento in cui esso viene assunto come strumento discriminante di ogni altra ragione economica.

Per incanalare il concetto ci si deve dunque attenere a due criteri fondamentali che potrebbero dare la stura ad una serie indeterminata di aperture. Ecco allora che una operazione di ristrutturazione, in quanto necessitata da situazioni o problematiche esterne, potrebbe finire, di per sé, per determinare un sensibile interesse della società a ristrutturarsi. Così pure, puntualizza la nota, prescindendo dai vantaggi economici, si attuino operazioni volte a limitare o contenere regressioni reddituali, patrimoniali o finanziari, nonché rischi di impresa. In buona sostanza, l'avvento di un fatto esterno, quale il dissidio insanabile dei soci o il ricambio generazionale, ben potrebbero ritenersi elementi di per sé idonei a supportare e, quindi, a valicare l'operazione di ristrutturazione attuate per dare conto o sistemare tale evento sopravvenuto. Altrimenti detto, negando validità all'operazione di specie, si rischierebbe di creare danni irreversibili. Così, ad esempio sarà difficile negare la presenza di valide ragioni economiche ad una scissione o ad un conferimento determinato esclusivamente dall'esigenza di superare un insanabile dissidio societario che, portato

alla estreme conseguenze, per potrebbe condurre alla paralisi dell'attività gestionale dell'impresa.

Allo stesso modo la scissione societaria, anche non proporzionale, potrebbe contenere in sé le valide ragioni economiche sintetizzabili nella facilitazione del passaggio generazionale che può anche avvenire in modo traumatico ed improvviso. La nota sottolinea infatti che 'La necessità di riconoscere maggiori gratificazioni alla nuova imprenditorialità, unitamente a quella di limitare i possibili rischi di una minore esperienza o di un'inadeguata capacità gestionale, potrebbe ben giustificare l'attuazione di una scissione societaria cosiddetta non proporzionale con la quale vengano attribuite agli imprenditori più giovani maggiori partecipazioni nella società beneficiaria con attività più a rischio, in corrispondenza ad una rispettiva riduzione partecipativa nella residua società con minor rischio di impresa'.

*Numero 020, pag. 31 del 24/1/2002*

## **L'antielusione stritola i contribuenti\***

*Sempre più numerose le decisioni negative dell'amministrazione. E la Cassazione fa la sua parte.*

*Riorganizzazioni aziendali bloccate con valutazioni formali*

Tempi difficili, almeno per i contribuenti, che si sono visti arrivare sulle spalle una gragnuola di notizie cattive e inaspettate. Ad opera soprattutto delle interpretazioni contenute in risoluzioni ministeriali o di pareri del comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive. Ma anche la sezione tributaria della corte di cassazione ha fatto al sua parte.

Nella affannosa ricerca di guardare più alla sostanza delle cose che alla loro forma e nella pari animosità di intravedere in ogni operazione una possibile forma di elusione fiscale si rischia veramente di frenare la fantasia dell'imprenditore non sempre protesa al male. A volte a furia di interpretazioni (eccessivamente) rigorose del dettato normativo, si rischia, appunto, di munirsi di una clava che potrebbe minare addirittura la liberalità economica.

Tutto ciò in netto contrasto con le finalità contenute nella manovra dei 100 giorni, che punta a creare sviluppo attraverso incentivi; siano essi rivolti alla occupazione (emersione di quella totalmente o parzialmente occultata) che alla creazione di valore (Tremonti-bis). L'obiettivo dichiarato dunque è quello di passare dal declino allo sviluppo riallineando, si dice, la crescita alle reali potenzialità del paese in quanto enormemente maggiori rispetto a quelle espresse nell'ultimo decennio. I traffici commerciali dovrebbero quindi essere regolati al meglio finalizzando gli interventi al loro sviluppo armonico; mai con intenti repressivi.

---

\* In collaborazione con Alessandro Felicioni

*Le interpretazioni dell'amministrazione finanziaria (art. 37-bis del d.p.r. n. 600 del 1973)*

Da quando ha trovato piena applicazione la norma antielusiva di cui all'art. 37-bis del d.p.r. n. 600 del 1973 sta montando, tra gli operatori, un diffuso senso di frustrazione; sono pochi, infatti, gli interventi effettuati a favore dei contribuenti. Quasi tutti bocciano le operazioni prospettate in quanto ritenute prive di valide ragioni economiche. Nel momento in cui il potere dell'amministrazione diventa tanto penetrante da stoppare ogni tipo di riorganizzazione aziendale solo perché, pur in assenza di mezzi di indagine, sulla carta, non si ritiene l'operazione valida da un punto di vista economico, qualcosa nel circuito non funziona. Ciò frena in qualche modo la crescita economica, posto che la componente fiscale è essenziale ad ogni scelta. Tanto per stare alla risoluzione commentata ieri (la n. 116/E del 9 luglio 2001), l'amministrazione ha proceduto (addirittura) a riqualificare il negozio posto in essere: dalla cessione voluta dalle parti si è passati al conferimento in quanto più conveniente fiscalmente. Ciò in quanto, si è detto, è da ritenersi inadeguato il prezzo pagato rispetto ai valori reali. Non più e non solo quindi la ricerca sulle validità delle ragioni economiche bensì anche sindacato di merito del contratto attuato disapplicando quello ricercato dalle parti e ponendo al suo posto quello gradito all'amministrazione. Non vi è dubbio che di questo passo gli imprenditori staranno bene attenti a programmare la loro riorganizzazione; a meno che non si sobbarchino l'onere di pagare le imposte le più alte possibili ovvero si astengano dal richiedere il parere dell'amministrazione consapevoli di andare incontro a sanzioni anche a carattere penale.

*Lo stato della giurisprudenza della sezione terza della Corte di cassazione*

La creazione di una sezione specializzata in materia tributaria è stata salutata con un coro unanime di consensi per una pluralità di ragioni. Eppure, sapere in anticipo quale potrebbe essere la sorte giurisprudenziale di una insorgenda lite non è sempre piacevole. Specialmente, come pare stia accadendo, se gli interventi di specie sono spesso finalizzati a cercare più la sostanza che la

forma delle cose in danno del contribuente. Chi non ricorda, infatti, la sentenza con quale si è messo in dubbio la linearità del compenso spettante agli amministratori in quanto ritenuto non inerente solo perché esuberante rispetto alle convinzioni del giudicante. O la sentenza con quale si è proceduto ad avallare un accertamento induttivo a carico di un soggetto solo sulla scorta di un comportamento anomalo di quest'ultimo.

Per non parlare poi di quei pronunciamenti che hanno inteso comunque salvaguardare la liceità dell'acquisizione delle prove pur ottenute in modo non perfettamente uniforme al dettato normativo. Certo, si dirà, si tratta di sentenze emesse in sede di legittimità volte ad affermare principi di puro diritto. Ciò nonostante, tuttavia, è palpabile la sensazione che si tenda a bypassare i formalismi per arroccarsi a far emergere la sostanza degli aspetti; siano essi processuali che sostanziali. Non vi è dubbio che non tutte le sentenze sono di questo tenore ma si tratta di casi rari. Come è il caso di quella decisione attestata a far emergere l'insanabilità in sede contenziosa di un avviso di accertamento nullo in quanto non atto processuale ma caso mai preparatorio a questo (Sentenza n. 5924 del 21 aprile 2001).

*Numero 163, pag. 39 del 11/7/2001*

## **Elusione, il fisco tarpa le ali**

*Orientamenti sempre più rigidi nell'interpretazione delle disposizioni normative.  
Maggiore severità sul concetto di valida ragione economica*

Il fisco affila le armi nella lotta all'elusione fiscale; i pareri del comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive e diverse risoluzioni specificatamente rivolte a risolvere concreti quesiti di società interessate sottolineano la rigidità con la quale vengono applicate le disposizioni generali di cui all'articolo 37-bis del dpr n. 600 del 1973. In sostanza qualsiasi operazione aziendale che possa offrire al contribuente un risparmio di imposta non sorretto da valide ragioni economiche può essere censurata dall'amministrazione finanziaria; ed è proprio sul concetto di valide ragioni economiche che occorre soffermarsi per comprendere appieno la portata degli interventi ministeriali e la loro forza dirompente nei confronti delle iniziative degli imprenditori. ItaliaOggi7 ripercorre il cammino segnato dai pareri disponibili e dalle risoluzioni in materia, evidenziando la necessità di una attenzione da parte dei contribuenti associata però a una interpretazione meno rigida da parte dell'amministrazione finanziaria.

### *Aspetti generali*

Una attenta analisi delle caratteristiche dell'elusione non può prescindere dalla differenza di tale sfuggente concetto con il più noto fenomeno dell'evasione fiscale.

In generale, mentre con il primo concetto si intende definire l'insieme di azioni atte a impedire o quantomeno limitare il presupposto del tributo in capo al soggetto passivo d'imposizione, con il secondo si intende l'attività volta a sfuggire, in tutto o in parte, dall'obbligo tributario già insorto o che insorgerebbe se non venisse illecitamente impedito un fatto. In tal modo nell'elusione il contribuente non viola alcuna norma fiscale ma si ingegna, proprio attraverso un'attenta analisi delle norme stesse, a creare e percorrere un labirinto all'uscita del quale troverà il modo, formalmente legale,

di non pagare o limitare l'imposta dovuta. Si tratta di sfruttare gli spazi lasciati aperti dalle norme tributarie infilandosi in tutti quegli interstizi capaci, appunto, di eludere l'obbligo fiscale. Nell'evasione, invece, il contribuente ha già posto in essere il presupposto di imposta e l'obbligo è già nato ma egli si attiva per evitare il pagamento.

Tali concetti sono stati trasfusi nell'articolo 37-bis nel dpr n. 600 del 1973 dove, al comma 1, si legge che 'Sono inopponibili all'amministrazione finanziaria gli atti i fatti e i negozi, anche collegati fra loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario, e a ottenere riduzioni d'imposte o rimborsi, altrimenti indebiti'.

L'analisi della disposizione richiamata delinea i tre elementi fondamentali della disciplina antielusiva: la volontà di aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario, la finalità di ottenere riduzioni d'imposta o rimborsi e la mancanza di valide ragioni economiche a supporto dell'operazione specifica.

Proprio la determinazione e l'individuazione corretta delle condizioni oggettive che fanno scattare il provvedimento antielusivo sono gli aspetti che maggiormente si prestano a riflessioni critiche. Specie con riferimento alla mancanza di validità delle ragioni economiche.

Un ulteriore problema applicativo si lega al difficile confine che è possibile tracciare tra elusione e risparmio di imposta; ciò perché la normativa in questione pone la volontà di aggirare obblighi e divieti previsti dall'ordinamento tributario tra le condizioni per poter applicare il disconoscimento dei vantaggi tributari.

È chiaro che tale problematica si collega a doppio filo con la validità delle ragioni economiche; infatti laddove l'operazione esaminata non fosse ritenuta volta ad aggirare l'ordinamento tributario il vantaggio conseguito sarebbe assimilabile a un risparmio di imposta di per sé lecito e quindi anche capace di incarnare quelle valide ragioni economiche di cui si discute.

Come ricorda la relazione di accompagnamento al dlgs n. 358/97 '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'. Ciò significa, dunque, che nessun vincolo operativo può derivare all'andamento ordinario degli affari e alla volontà del contribuente. Tanto è vero che, continua la relazione, '...il controllo sull'elusività di un comportamento È consiste in un confronto oggettivo tra regimi fiscali, e non certo nella necessità di sindacare i comportamenti oggettivi dell'imprenditore medio o dell'uomo d'affari medio; è del tutto irrilevante, sotto questo profilo, valutare se un comportamento è economicamente normale o imprenditorialmente vantaggioso'.

Appare in verità alquanto complesso calare tali principi teorici nella realtà dei fatti. Dal punto di vista soggettivo il comportamento elusivo ha la sua origine in un atteggiamento psicologico che si manifesta in una successione di più atti coordinati tra loro e retti da un unico progetto ordito dal contribuente. Il risparmio d'imposta è invece derivante dalla scelta tra specifiche opzioni rivolte il più delle volte in modo esplicito dall'ordinamento. È un comportamento legittimo che deve essere tenuto ben distante dall'elusione.

#### *I pareri del comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive*

Le preoccupazioni appena enunciate sono state confermate e a volte aumentate dalla lettura dei pareri resi dal comitato consultivo in questi primi anni di istituzione. Il riconoscimento delle valide ragioni economiche nelle operazioni prospettate dalle istanze inviate è stato fortemente selettivo, finendo, nella sostanza, per censurare qualunque operazione si concretizzasse in un minor gettito per l'erario. Dal punto di vista delle fattispecie esaminate le operazioni più gettonate sono state sicuramente quelle di riorganizzazione societaria; il comitato ha infatti quasi sempre individuato finalità elusive a scissioni e fusioni poste in essere nei più svariati modi; ciò soprattutto in considerazione del risparmio di imposta (spessissimo considerato illecito) che queste portavano con sé non supportato da valide ragioni economiche in grado di

giustificare la scelta fatta in rapporto ad altre opzioni più lineari ma al tempo stesso finanziariamente più gravose.

Si pensi per esempio al parere fornito in merito alla seguente fattispecie: una società italiana, in attuazione di un programma di dismissione aziendale a favore del gruppo estero, avrebbe voluto costituire dapprima un nuovo soggetto tramite il conferimento di un ramo d'azienda e successivamente avrebbe proceduto alla cessione delle partecipazioni della nuova società al gruppo estero. A livello fiscale la società conferente avrebbe potuto iscrivere la partecipazione nella nuova società a un valore di perizia inferiore a quello fiscalmente riconosciuto e nel momento della cessione delle partecipazioni vedrebbe realizzata una minusvalenza costituita dalla differenza tra valore fiscale delle stesse partecipazioni e prezzo di cessione. Dal canto suo la società conferitaria iscriverebbe gli elementi attivi e passivi dell'azienda oggetto di cessione al valore di perizia, pur mantenendo il loro superiore valore fiscale.

Ebbene la giustificazione addotta dall'istante, consistente nella necessità di non incorrere nell'ipotesi di stabile organizzazione in Italia di soggetto non residente, inevitabile con l'acquisizione diretta, è stata ritenuta non sufficiente dall'amministrazione finanziaria; l'intero impianto è stato infatti interpretato come una serie di atti coordinati e finalizzati a ottenere i vantaggi fiscali relativi all'applicazione (illegittima) dell'articolo 4 del dlgs n. 358 del 1997.

Come si può evidenziare, il comitato entra pesantemente nel merito della questione sindacando la scelta dell'operatore di costituire o meno una stabile organizzazione in Italia.

È chiaro come i pareri appaiono sempre finalizzati all'analisi del risultato finale dell'operazione, subordinando a esso qualunque considerazione di merito. A conferma di ciò si pensi al rifiuto opposto dal comitato consultivo a una particolare operazione di scissione realizzata attraverso l'attribuzione non proporzionale di alcune poste contabili a due nuovi soggetti economici. Alle nuove società verrebbero attribuiti innanzitutto parte degli immobili a disposizione dell'originaria società di uguale valore contabile ma di

diverso valore di mercato con i relativi fondi di ammortamento; inoltre verrebbero ceduti altresì alcuni debiti bancari e l'intera partecipazione in una società terza. Infine l'operazione prevedrebbe l'attribuzione alle due costituenti società di alcuni fondi di riserva, tra i quali quello per l'acquisto di azioni proprie; attribuzione che avverrebbe in maniera integrale ma non uguale tra le due società beneficiarie.

Gli immobili resterebbero comunque in possesso della società istante, dal momento che la stessa assumerebbe la qualifica di conduttore corrispondendo un canone di locazione alle nuove società titolari dei beni. La complessa operazione avrebbe come valida ragione economica quella di ridurre le immobilizzazioni della società istante, abbattendo nel contempo il rischio di impresa dei soci e valorizzando gli immobili stessi attraverso la creazione di un rapporto di locazione all'interno del gruppo sociale.

Il tutto è stato però letto dal comitato come un semplice conferimento di beni seguito dall'assegnazione agli originari soci delle partecipazioni delle nuove società. L'operazione è stata vista come foriera di un indebito risparmio di imposta nel momento in cui l'attribuzione alle società neocostituite in parti diseguali dell'intero fondo di riserva creato per il riacquisto delle azioni proprie finirebbe per aggirare il disposto di cui all'articolo 123-bis del Tuir, spostando su una delle due società in misura maggiore il carico tributario dell'intera operazione. In sostanza attraverso tale procedimento i soci della società scissa conseguirebbero lo stesso risultato che si avrebbe attraverso la corresponsione di un conguaglio alla società originaria a fronte dell'annullamento delle azioni proprie e dell'acquisizione di quelle delle società costituite. Conguaglio che verrebbe incamerato senza il pagamento dell'imposta stabilita dall'ultima parte del comma 3 dell'articolo 123-bis del Tuir, dove si fa riferimento alla tassazione degli utili derivanti dal maggior valore delle azioni ricevute a fronte delle originarie partecipazioni annullate a seguito di operazioni straordinarie. E in effetti il comma 3 dell'articolo 123-bis sottolinea che, sebbene il cambio delle partecipazioni originarie non possa costituire né realizzo né distribuzione di plusvalenze o ricavi per i soci della società scissa,

tuttavia resta salva l'applicabilità dell'articolo 44, comma 3, che impone la tassazione del maggior valore derivante dalla trasformazione delle partecipazioni stesse. Lo squilibrio nell'attribuzione del fondo di riserva avrebbe dunque lo scopo di compensare il maggior valore del patrimonio della società che ha ricevuto gli immobili con più alto valore di mercato senza sopportare alcuna imposizione aggiuntiva.

Si pensi al caso relativo a un'operazione intercorsa tra un soggetto italiano e uno estero, con la partecipazione di una terza realtà appositamente costituita. In sostanza la società italiana Y intendeva dismettere parte della propria attività a favore del gruppo estero Z; per far ciò era stata configurato un particolare procedimento: innanzitutto si sarebbe costituito un nuovo soggetto tramite il conferimento di un ramo d'azienda e successivamente sarebbe avvenuta la cessione delle partecipazioni della nuova società al gruppo estero. Fiscalmente la società conferente iscriverebbe la partecipazione nella nuova società a un valore di perizia inferiore a quello fiscalmente riconosciuto e nel momento della cessione delle partecipazioni vedrebbe realizzata una minusvalenza costituita dalla differenza tra valore fiscale delle stesse partecipazioni e prezzo di cessione. A sua volta la società conferitaria iscriverebbe gli elementi attivi e passivi dell'azienda oggetto di cessione al valore di perizia, pur mantenendo il loro superiore valore fiscale.

Giustificazione ufficiale fornita dalla società istante è che in tal modo l'acquirente estero riuscirebbe a non incorrere nell'ipotesi di stabile organizzazione in Italia di soggetto non residente, inevitabile con l'acquisizione diretta. Il comitato consultivo, però, ha visto in tutto l'impianto la semplice volontà di aggirare l'ordinamento tributario per ottenere i vantaggi fiscali relativi all'applicazione dell'articolo 4 del dlgs n. 358 del 1997 inerente il conferimento di azienda in regime di neutralità fiscale.

È stata censurata addirittura una semplice scissione societaria solo perché la mancanza delle quote di assegnazione ai diversi soci avrebbe potuto, in prospettiva creare situazioni elusive difficilmente contrastabili.

La fattispecie illustrata attiene al disconoscimento dei vantaggi fiscali legati a una particolare operazione di scissione seguita dalla costituzione di un nuovo ente con la partecipazione di un soggetto terzo. In particolare la Società X procede alla scissione non proporzionale a valori contabili di cui all'articolo 2504-septies cc attuata su basi non proporzionali. La quota patrimoniale attribuibile a Caio verrebbe poi utilizzata per la costituzione di una nuova società con la partecipazione di un soggetto terzo. Il problema fondamentale è che nell'istanza la società richiedente ha ommesso di indicare le percentuali di ripartizione dell'originario capitale tra le società beneficiarie della scissione. E in effetti la mancanza di elementi fondamentali come quello indicato preclude qualsiasi possibile interpretazione dell'operazione, celando gli effetti concreti della stessa. In ogni caso il procedimento seguito sembra passibile di censura anche per altre considerazioni; infatti la presenza di un soggetto terzo pone l'operazione fuori dallo schema giuridico della scissione, determinando l'impossibilità di applicare il regime fiscale di favore previsto dal dlgs n. 358 del 1997; inoltre appare dubbia l'assenza di un conguaglio a favore del soggetto che riceve più di quanto rappresentato dalla propria quota di partecipazione specie per giustificare la richiesta ragione economica alla base dell'intero meccanismo.

Il parere fornito è sicuramente scaturito dall'assenza di documentazione sufficiente per poter prendere visione dell'intera operazione e del suo concreto sviluppo; ciò che preoccupa è comunque il fatto che non ci si è preoccupati di richiedere un supplemento di informazioni; il comitato ha semplicemente disconosciuto gli eventuali vantaggi fiscali, sulla base di una eventuale minaccia portata all'ordinamento tributario di una situazione di cui non erano al momento conoscibili gli sviluppi.

Adirittura in un ulteriore parere, peraltro favorevole al contribuente, si è sottolineato che se l'operazione approvata venisse inserita in un più ampio disegno non determinabile dai dati forniti nell'istanza l'organo avrebbe la possibilità di ritornare sui propri passi nel momento in cui si renda evidente l'intero disegno elusivo

Una particolare operazione è stata posta all'attenzione del comitato consultivo: si tratta della cessione frazionata da parte dei soci di una società in accomandita semplice delle partecipazioni detenute, pari all'80% del capitale sociale a favore di una società cooperativa con contestuale trasformazione della società di persone in società a responsabilità limitata. La società istante giustifica il comportamento con la volontà di aumentare la connotazione commerciale dell'attività svolta, affidando il settore produttivo alla società cooperativa cessionaria. In effetti la vendita delle partecipazioni provenienti dai due soci dell'originaria società di persone avrebbe dovuto avvenire in due fasi distinte: una prima cessione pari al 20% del capitale sociale e una seconda pari al 60% dello stesso. In tal modo, secondo la società, verrebbero contemporaneamente tutelati gli interessi delle due parti contrapposte: quello del venditore che non intende trasferire le quote prima dell'avvenuto integrale pagamento e quello del compratore che non vorrebbe acquistare una partecipazione strumentale alla propria attività in misura inferiore al 20%, quota minima per la qualifica di impresa collegata.

La nuova disciplina fiscale dei capital gain però determinerebbe un risparmio di imposta considerato indebito: infatti tornerebbe applicabile l'imposta sostitutiva sulle plusvalenze con aliquota fissata al 12,5%, propria delle cessioni non qualificate, anziché quella, più elevata, del 27%. Fondamentale è comunque risultata la considerazione che le esigenze prospettate avrebbero potuto conseguirsi anche senza porre in essere la vendita frazionata; sarebbe bastato, a detta dell'amministrazione finanziaria, inserire apposite clausole contrattuali in un unico atto di vendita. In tal modo l'intera impalcatura costruita dalla società istante finisce per essere priva di quelle valide ragioni economiche l'assenza delle quali fa sfociare inevitabilmente in una fattispecie di natura elusiva.

Un documento importante in tale analisi è sicuramente la risoluzione n. 142/E del 18 settembre 2000. La risoluzione si configura come risposta a uno specifico interpello formulato dalla società istante a norma dell'articolo 21 della legge n. 413 del 1991; la società in questione prospetta un complesso programma di

ristrutturazione volto a rammodernare e separare gestionalmente l'attività di commercializzazione di prodotti della siderurgia e metallurgia realizzati da terzi da quella incentrata nel settore immobiliare. Strutturalmente si tratta di conferire il ramo operativo della principale società siderurgica in una società esistente o da costituire e nella successiva assunzione da parte della conferente della natura e della funzione di sub-holding del gruppo mediante acquisizione delle partecipazioni nelle altre società operanti nel settore siderurgico.

Il problema, come noto, è fondamentalmente quello di ricercare quelle valide ragioni economiche capaci di giustificare l'intera operazione, dissipando i dubbi dell'amministrazione finanziaria legati alla semplice finalità elusiva del meccanismo posto in essere. Tali vantaggi, nel caso specifico, si individuano nella cessione di partecipazione che avverrebbe tra una delle società operative e la capogruppo, cessione che darebbe vita a una plusvalenza sterilizzabile dalla società istante, grazie alla perdita relativa al quinto esercizio precedente, altrimenti non più fiscalmente utilizzabile. A fronte di tale emersione indolore la cessionaria potrebbe vedersi riconosciuto un maggior valore fiscale dei titoli in portafoglio. In un certo senso, dunque se nell'intera operazione di riorganizzazione non si dovessero ravvisare e valide ragioni economiche a supporto sarebbe facile annusare la presenza del fine di aggirare la disposizione di cui al comma 1, dell'art. 102, del Tuir, inerente al riporto delle perdite oltre il quinto periodo di imposta successivo a quello di formazione.

Tornando alle valide ragioni economiche queste vengono prospettate nella necessità della creazione di 'un polo siderurgico che permetterà alle società del gruppo di concentrare i propri sforzi, non solo finanziari ma anche gestionali, nell'attività siderurgica, con il conseguente miglioramento in termini di efficienza, grazie alle possibilità di sfruttare tutte le possibili sinergie, economie di scala e di scopo nell'attività svolta'.

Il problema dell'intera operazione è tutto qui; infatti dall'analisi del complesso itinerario riorganizzativo non emerge

alcuna irregolarità, come si avrà modo di approfondire; tuttavia proprio la carenza delle valide ragioni porterà a individuare l'unico fine perseguito nel risparmio (considerato indebito) di imposta collegato alla cessione delle partecipazioni. La risoluzione affronta molto incisivamente la questione, arrivando a prospettare all'istante ben due soluzioni alternative con le quali raggiungere gli stessi risultati economico-gestionali senza alcuna implicazione in termini di risparmio fiscale.

Al di là della questione specifica e della sua rilevanza ai fini di una corretta interpretazione della normativa antielusiva la risoluzione n. 142/E si evidenzia altresì per la presenza di una corposa appendice tecnica volta a illustrare le conseguenze contabili e fiscali delle possibili soluzioni da adottare in sede di conferimento di azienda gravata di alcuni fondi particolari.

Nell'ipotesi prospettata dall'istante il conferimento alla base della ristrutturazione dovrebbe avvenire nel rispetto della normativa di cui all'articolo 3 del dlgs n. 358 del 1997, ossia con l'emersione di una plusvalenza pari alla differenza tra il valore di realizzo dato dal valore attribuito alle partecipazioni ricevute in cambio del ramo conferito, ovvero, se superiore, al valore attribuito al ramo conferito, e l'ultimo costo fiscalmente riconosciuto del ramo conferito. Tuttavia vale la pena estrapolare il caso specifico e analizzare il trattamento tributario dell'operazione anche nell'ipotesi di adozione del regime ordinario di tassazione delle plusvalenze determinate ai sensi dell'art. 54 e 9 del Tuir; anzi nell'ambito delle due discipline sarà utile analizzare le modalità di trasferimento alla conferitaria di fondi rischi non dedotti in capo alla conferente. Tali fondi, costituiti per coprire probabili rischi connessi al complesso aziendale conferito, sono legittimamente trasferibili alla società conferitaria.

Nel caso di applicazione delle ordinarie regole di tassazione della plusvalenza conseguita il conferimento dell'azienda e il contestuale trasferimento dei fondi alla società conferitaria impone da parte del soggetto conferente una variazione in diminuzione in sede di dichiarazione pari proprio al valore dei fondi; all'atto del conferimento, infatti, il valore contabile dell'azienda, gravato da

maggiori passività, sarà inferiore a quello fiscale, cosicché la plusvalenza contabile rispetto a quella fiscale sarà maggiore; in sostanza la variazione in diminuzione tende a evitare che si verifichi una doppia imposizione dei fondi già tassati.

Se invece la conferente non trasferisce i fondi, perché per esempio li considera riserve di capitale, interpretazione questa lasciata alla libertà delle parti, la plusvalenza contabile sarebbe minore e del tutto allineata a quella fiscale; ciò perché il valore fiscale dell'azienda aumenterebbe e a parità di valore delle partecipazioni ricevute per il conferimento si realizzerebbe un risultato più basso, evitando qualsiasi variazione in diminuzione in sede di dichiarazione.

Nel momento in cui si passa all'analisi della disciplina introdotta dal dlgs n. 358 del 1997, e in particolare alle previsioni dell'articolo 3, occorre considerare anche la situazione della conferitaria per determinare il trattamento fiscale della conferente. Ciò in quanto l'art. 3 richiamato introduce una variabile rispetto agli ordinari criteri, prevedendo che il corrispettivo o valore di realizzo del conferimento sia costituito dal maggiore tra il valore attribuito alle partecipazioni iscritte nel bilancio della conferente e il valore attribuito all'azienda conferita nelle scritture contabili della conferitaria. In tal modo per individuare l'eventuale plusvalenza è necessario conoscere il valore fiscalmente rilevante attribuito dalla conferitaria all'azienda all'atto del conferimento.

Ecco perché si devono considerare i due casi caratterizzati dal fatto che al trasferimento dei fondi da parte della conferente corrisponda o meno la loro ricostituzione da parte della conferitaria. Se la conferitaria, dopo aver registrato nelle proprie scritture contabili un aumento di capitale pari all'importo della partecipazione iscritta dalla conferente, non ricostituisce i fondi il valore contabile dell'azienda, uguale a quello fiscale, sarà esattamente pari al valore della partecipazione iscritta dalla conferente. Il plusvalore determinato dalla differenza tra valore delle partecipazioni e valore dell'azienda emergerà in capo alla conferitaria a titolo di avviamento.

Tale plusvalore determinerà altresì la plusvalenza imponibile in capo alla conferente, infatti ai sensi dell'art. 3 del dlgs n. 358/97 occorrerà confrontare il valore attribuito alla partecipazione, che è identico a quello attribuito all'azienda dalla conferitaria e il maggior costo fiscalmente riconosciuto dell'azienda stessa.

La ricostruzione dei fondi da parte della società conferitaria prospetterà invece uno scenario del tutto diverso. Infatti a parità di valore contabile dell'azienda l'iscrizione di passività costituite dai fondi rischi non dedotti deve essere controbilanciata da una maggiore iscrizione nell'attivo, facendo uso della voce avviamento. Il valore fiscale dell'azienda sarebbe maggiore di quello contabile, in misura pari alle passività iscritte fiscalmente non rilevanti.

La risoluzione precisa infatti che 'i fondi in questione non influenzano il valore fiscale attribuito all'azienda nelle scritture della conferitaria, poiché, in definitiva, le passività che non concorrono alla determinazione del costo fiscale della azienda presso la conferente, specularmente non possono essere considerate neppure quando si tratta di determinare il valore fiscale attribuito alla azienda nelle scritture della conferitaria: diversamente si verificherebbe un salto d'imposta inammissibile e pressoché sprovvisto di limiti, in quanto, come peraltro riconosce la stessa società, la conferitaria potrebbe iscrivere fondi anche di ammontare superiore a quello esistente presso la conferente, in contropartita dell'emersione nell'attivo di valori latenti o di un maggiore ammontare dell'avviamento'.

In definitiva dunque mentre la conferitaria dovrà incrementare i valori dell'attivo, e con essi il valore fiscalmente riconosciuto dell'azienda, il conferente iscriverà nella propria contabilità la partecipazione ricevuta a un valore inferiore che non comprende l'importo dei fondi rischi tassati.

In tal modo il valore fiscale attribuito alle partecipazioni non verrà influenzato dai fondi e sarà inferiore al valore fiscale attribuito all'azienda nelle scritture della conferitaria, valore che appunto si incrementerà proprio per effetto dell'iscrizione al passivo dei fondi

stessi. Sarà perciò quest'ultimo il valore di realizzo da confrontare con il costo fiscale dell'azienda. In tal modo in capo al conferente si evidenzierà una maggiore plusvalenza fiscalmente rilevante, come chiarito

In conclusione, dunque le diverse ipotesi prospettate, ricostruzione o meno dei fondi trasferiti, risultano fiscalmente neutrali per l'amministrazione finanziaria.

Infatti nell'ipotesi di conferimenti effettuati ai sensi degli articoli 54 e 9 del Tuir, la plusvalenza imponibile per la conferente non sarà influenzata dalle scelte della conferitaria, che, tuttavia, non potrà dare rilievo fiscale ai maggiori valori iscritti. Ciò non di meno in caso di utilizzo della normativa sostitutiva di cui al dlgs n. 358 del 1997 se da un lato la ricostruzione dei fondi farà emergere una maggiore plusvalenza rispetto all'ipotesi di abbandono dei fondi stessi, dall'altro la conferitaria vedrebbe fiscalmente riconosciuti maggiori valori.

#### *Altri interventi ministeriali*

Nella circolare n. 220/E del 30 novembre 2000 l'amministrazione finanziaria interviene sul corretto trattamento fiscale di alcune poste emergenti dall'operazione di scissione.

Tutto parte dal disposto del comma 10 dell'articolo 123-bis del Tuir, in base al quale 'le perdite fiscali della società scissa sono attribuite a norma del comma 4, alle condizioni e con i limiti stabiliti dalle disposizioni del comma 5 dell'art. 123, riferendosi alla società scissa le disposizioni riguardanti le società fuse o incorporate e alle beneficiarie quelle riguardanti la società risultante dalla fusione o incorporante e avendo riguardo all'ammontare del patrimonio netto quale risulta dall'ultimo bilancio o, se inferiore, dal progetto di scissione'. Problema fondamentale è quello di stabilire se le limitazioni in questione vanno riferite esclusivamente alle perdite provenienti dalla società scissa ovvero se a seguito dell'operazione la società beneficiaria debba applicare le suddette disposizioni anche alle proprie perdite pregresse. In verità a supporto di tale ultima

interpretazione sembrerebbe intervenire la struttura del modello Unico 1999, società di capitali, nel prospetto relativo alle scissioni; qui debbono essere indicate, sia per la società beneficiaria che per la scissa, le perdite riportabili nei cinque periodi d'imposta successivi, secondo il criterio previsto dall'art. 123-bis, comma 10, del Tuir.

Ebbene l'amministrazione finanziaria chiarisce, una volta per tutte, che l'applicabilità della disciplina delle fusioni alle operazioni di scissione, con riguardo ai limiti di riportabilità delle perdite, deve riferirsi esclusivamente alle perdite della società scissa attribuite alla beneficiaria; si legge nella circolare in esame che 'Nonostante i numerosi punti di contatto dei due istituti e l'assimilazione, a più fini rilevante, della società scissa alla società fusa o incorporata e della società beneficiaria a quella risultante dalla fusione o incorporante, non è dato riferire anche alle perdite della beneficiaria i limiti stabiliti all'articolo 123, comma 5, del Tuir per le perdite della incorporante, ostandovi il tenore letterale dell'articolo 123-bis, comma 10, che tratta delle perdite fiscali della società scissa e non anche della beneficiaria'.

L'ultima parte del documento sottolinea comunque la possibilità da parte dell'amministrazione di sindacare da un punto di vista più generale l'operazione stessa di scissione, a mente delle disposizioni dell'art. 37-bis del dpr n. 600 del 1973. E in effetti numerose sono nell'ordinamento tributario le disposizioni che pongono limiti al riporto delle perdite in occasione di operazioni straordinarie; ciò soprattutto al fine di scongiurare manovre elusive volte a distribuire tali perdite tra le società protagoniste delle operazioni al fine di ottenere un indebito risparmio di imposta. Ecco perché l'amministrazione finanziaria potrà sindacare anche il vantaggio fiscale connesso al riporto delle perdite proprie da parte della beneficiaria 'qualora ritenga che la scissione non sia supportata da valide ragioni economiche, specie se trattasi di società le cui partecipazioni di maggioranza siano state recentemente trasferite, con ingenti perdite in scadenza e che benefici della scissione di un'azienda sana e produttiva di utili'.

Un ulteriore intervento ministeriale interessante è quello contenuto nel parere reso a una società italiana in applicazione del comma 9 dell'art. 21 della legge n. 413 del 1991. Nel caso di specie pur bocciando l'operazione in quanto ritenuta priva di valide ragioni economiche, il fisco legittima il comportamento solo perché, sulla scorta dei dati forniti, è apparso che nessun risparmio di imposta poteva essere comunque conseguito.

Va da sé, tuttavia, che il management della società istante è stato bocciato in economia. Ciò perché, ricorda il parere, le modalità di attuazione dei complessi accordi lascerebbero intravedere un disegno elusivo che, sulla base di una stima dimostratasi incoerente con il prezzo di cessione successivamente realizzato, si snoda in una serie di atti e negozi, che, per il tramite di un conferimento intracomunitario di partecipazioni, si conclude con una operazione di cessione da cui emergono cross border plusvalori di migliaia di miliardi'. In buona sostanza, si dice, 'l'applicazione del regime di neutralità del dlgs n. 544 del 1992 potrebbe essere contestata, in assenza di valide ragioni economiche, deducendo che il tortuoso passaggio dal paese europeo era solo un anello di un disegno più generale volto a delocalizzare eventuali successive plusvalenze da realizzo in un paese che adotta il regime di participation exemption'.

Si sono dunque infrante in questa semplice adduzione tutti gli sforzi avanzati dalla richiedente volti a evidenziare di quale spessore fossero le ragioni economiche sottese all'operazione.

Ecco allora che, nonostante la ristrutturazione operata da un grande gruppo di rilievo mondiale non possa che avere di per sé i connotati minimi della validità economica (altrimenti ci sarebbe da ridere sulle capacità del management), ci si scontra con un semplicissimo rilievo pratico. Cioè a dire che, se si risparmiano imposte nelle operazioni di cui tratta l'art. 37-bis del dpr n. 600 del 1973, la rigorosità deve essere massima nel valutare la sussistenza o meno delle valide ragioni economiche le quali, come accade spesso, non vengono ritenute tali. Se, invece, si può arrivare a concludere che, in fondo in fondo, è verosimile ritenere che nessun risparmio

può essere ottenuto, pur potendo essere l'operazione suscettibile di essere ritenuta elusiva, viene fatta passare in quanto innocua da un punto di vista fiscale. È questa l'amara conclusione che si rinviene dalla lettura del parere in commento il quale, per essere ben compreso, necessita di una chiarificazione tabellare.

Le ragioni economiche sottese nell'operazione sono state rappresentate dalla società richiedente in questo passaggio: 'Il rafforzamento della posizione di primato in tali settori ha imposto drastiche scelte strategiche e repentini mutamenti degli obiettivi di breve e medio periodo; tali scelte sono generalmente contraddistinte da dismissioni di rami aziendali divenuti meno competitivi sul mercato mondiale e pertanto meno strategici per le politiche industriali del gruppo. Tali dismissioni sono infatti dettate dall'impossibilità di competere in settori contraddistinti da forte concentrazione. È da costi di ricerca e sviluppo estremamente elevati anche a causa della rapida obsolescenza della tecnologia'.

Se non sono queste le valide ragioni economiche sottese all'operazione non si vede che cosa la società richiedente poteva addurre a dimostrazione della necessità di operare una riorganizzazione complessa del genere. Se la stessa non avesse dimostrato che nessun risparmio di imposta sarebbe stato comunque realizzato l'operazione medesima sarebbe stata dunque bocciata. Il che, francamente, appare assurdo e crea qualche imbarazzo in ordine al potere interventista dell'amministrazione finanziaria anche in ordine alla libertà concessa dall'art. 41 della Costituzione.

L'ultimo intervento significativo è quello di cui alla risoluzione n. 44 del 2001 inerente all'applicazione a un'operazione di fusione per incorporazione degli articoli 6, commi 2 e 3, e 9, comma 4, del dlgs 8 ottobre n. 358. La X spa intende incorporare, mediante fusione, la Y srl, nella quale al momento detiene una partecipazione totalitaria, e dare in affitto la gestione delle aziende acquisite a seguito dell'incorporazione a una società operativa di nuova costituzione. Le ragioni economiche sottese all'operazione possono essere così sintetizzate: vantaggi finanziari derivanti dalla sostituzione di flussi finanziari incerti nell'esistenza e

nell'ammontare, dividendi, con flussi certi e definiti, canoni d'affitto d'azienda; migliore considerazione nei rapporti con le banche per effetto della sostituzione della proprietà di beni tangibili alla proprietà di beni di 'secondo grado' quali le partecipazioni.

Il costo della partecipazione nel bilancio della Y srl si è formato, nel corso degli anni, attraverso una serie di compravendite che hanno interessato sostanzialmente due società di capitali riconducibili al gruppo W, due società di persone e quattro persone fisiche. A seguito dell'operazione di fusione l'incorporante iscriverà maggiori valori nell'attivo per effetto dell'imputazione del disavanzo da annullamento della partecipazione nell'incorporata.

La società istante chiede il riconoscimento fiscale di tali maggiori valori, senza l'applicazione dell'imposta sostitutiva, ai sensi degli articoli 6, commi 2 e 3, e 9, comma 4, del dlgs 8 ottobre n. 358, nei limiti del '... differenziale tra il valore di carico delle quote (valore di sottoscrizione) e il valore di carico dei cedenti che hanno trasferito le quote ai possessori alla data del 30 aprile 1997. L'amministrazione ha innanzitutto evidenziato che il principio generale, contenuto nell'art. 6, comma 2, consente il riconoscimento dei maggiori valori in franchigia d'imposta a condizione che essi scaturiscano da plusvalori in precedenza assoggettati a tassazione e sempre che, come previsto dal comma 3, siano idoneamente documentati i componenti reddituali relativi alle azioni o quote annullate. Nella relazione governativa si afferma che 'la norma si limita a salvaguardare il valore della partecipazione annullata quando altrimenti si verificherebbe una doppia tassazione economica, ciò accade per le partecipazioni che hanno concorso a formare il reddito dell'impresa cedente, o hanno scontato l'imposta sostitutiva in sede della cessione della medesima'. Con l'agevolazione contenuta nell'art. 9, comma 4, del medesimo decreto legislativo, il legislatore, in deroga al comma 3 dell'art. 6, ha inteso riconoscere, in via transitoria, alla società incorporante o beneficiaria un'attenuazione dell'onere della prova in termini di documentazione da produrre per il riconoscimento delle condizioni di cui all'art. 6, comma 2, del dlgs n. 358/97. La ratio di tale deroga si rinviene nell'esigenza di tutelare i maggiori valori derivanti dalle compravendite di azioni o quote

effettuate prima dell'entrata in vigore della legge per le quali la società incorporante o beneficiaria potrebbe non essere più in grado di reperire una idonea documentazione, anche perché la sua richiesta fatta ad altri soggetti, non supportata da un potere cogente, potrebbe non essere presa in considerazione. Peraltro, occorre sottolineare che la predetta facoltà non determina l'automatico riconoscimento in franchigia d'imposta dei maggiori valori realizzati ante 30 aprile 1997. Sotto il profilo civilistico, la società potrà, comunque, iscrivere e utilizzare i maggiori valori che, secondo quanto previsto all'art. 3, comma 105, della legge 28 dicembre 1995, n. 549, non costituiscono plusvalenze iscritte fiscalmente rilevanti. Ai fini del riconoscimento fiscale dei maggiori valori in franchigia d'imposta, devono in ogni caso sussistere, invece, le condizioni di carattere sostanziale previste al comma 2 dell'art. 6, lettere a), b) e c), del dlgs n. 358/97. La società che intende attribuire rilevanza fiscale al disavanzo, pertanto, dovrà farne richiesta in sede di dichiarazione dei redditi relativa al periodo d'imposta in cui ha effetto la fusione. Tale richiesta è comunque sottoposta al controllo dell'amministrazione finanziaria che potrà verificare i presupposti per l'affrancamento gratuito. Ancorché, infatti, l'obbligo di esibire prove documentali è limitato alle operazioni realizzate dopo il 30 aprile 1997, tuttavia, per il periodo precedente, l'ufficio competente potrà effettuare il controllo di ciascuna operazione di compravendita di azioni o quote facendo ricorso ai suoi normali poteri istruttori.

*Numero 090, pag. 3 del 16/4/2001*

## L'attività effettiva supera l'elusione

*PARADISI FISCALI. E' quanto emerge dal ddl collegato alla Finanziaria 2000 varato dal senato.*

*Nel mirino del fisco soltanto le partecipazioni di comodo*

Potrebbero risultare ingiustificati gli allarmismi a carattere generale manifestati a seguito dell'emanazione della norma antielusiva sulle cfc; ciò in quanto l'attribuzione automatica ai soggetti residenti del reddito di partecipazione in società situate in paradisi fiscali perde di efficacia quando l'impresa svolge effettivamente una attività commerciale o industriale nel paese in cui ha sede ovvero, allorquando, il reddito ivi conseguito non gode comunque di alcun vantaggio. Lo strumento per allontanare da sé la presunzione di specie è dato dall'interpello. Cosicché, ad aver timore della novella non dovrebbero essere i 'veri' imprenditori bensì i meri pianificatori fiscali.

E' questa la considerazione che è lecito ritrarre da una più serena e oggettiva lettura dell'articolo 1 del collegato fiscale alla manovra finanziaria approvato dal senato e ora all'analisi della camera dei deputati.

Sono state più volte sottolineate le preoccupazioni derivanti da una norma antielusiva, derivante dal testo originariamente proposto dal governo, potenzialmente micidiale in considerazione dell'ampio margine di manovra concesso all'amministrazione finanziaria per la sua applicazione; parimenti si sono espressi tutti i dubbi relativi all'esatta individuazione di alcuni concetti fondamentali, quali quello di paese a fiscalità privilegiata, indispensabili per limitare l'ambito di applicabilità dell'intervento. Vale ora la pena approfondire le condizioni oggettive in presenza delle quali non può darsi luogo alla presunzione a carico dei soci residenti in Italia una volta digerito il fatto che, astrattamente, il detentore di una partecipazione di controllo dovrebbe riprendere a tassazione le utilità conseguite nei paesi o territori a regime fiscale privilegiato. Il comma 5 dell'articolo 1 afferma che 'le disposizioni del comma 1 non si applicano comunque quando l'impresa, la

società o altro ente non residente svolga principalmente un'attività industriale o commerciale effettiva nel mercato nel quale ha sede. Tali disposizioni non si applicano altresì se il soggetto residente dimostra che dalla detenzione delle partecipazioni non consegue l'effetto di localizzare i redditi in stati o territori in cui sono sottoposti a regimi fiscali privilegiati, di cui al comma 4. Per i fini di cui al presente comma, il contribuente può esercitare il diritto di interpello ai sensi dell'articolo 21 della legge 30 dicembre 1991, n. 413, e successive modificazioni'. Da ciò discende che l'automatica attribuzione al socio del reddito prodotto dalle società partecipate (rectius: controllate) localizzate o residenti in paradisi fiscali si blocca in presenza di una delle condizioni che ne sterilizzano gli effetti. Cosicché il reale svolgimento di un'attività commerciale o industriale nel territorio in cui ha sede la società neutralizzano la disposizione antielusiva; allo stesso modo la dimostrazione del socio di non detenere la partecipazione al solo scopo di mantenere i redditi derivanti nei territori a bassa fiscalità potrebbe costituire un valido appiglio per evitare il recupero. Quanto al primo requisito deve essere sottolineato che la disposizione, così come formulata, si presenta del tutto ovvia; è chiaro infatti che laddove la società svolga la propria attività nel mercato di riferimento del paradiso fiscale, nulla potrebbe essere eccepito dall'amministrazione finanziaria. Ciò perché l'investimento ha natura produttiva. Più delicata è invece la situazione caratterizzata dal fatto che l'impresa non residente svolga un'attività ausiliaria (servizi di agenzia, di intermediazione, di ricerche di mercato, di pubblicità ecc.) di quelle commerciali o industriali. Il tenore letterale della norma non sembra abbracciare tale ipotesi tra quelle idonee a vincere la presunzione di assegnazione proprio perché l'unico riferimento è quello direttamente fatto alle due tipologie appena ricordate. Tuttavia appare del tutto ingiustificata una tale linea interpretativa giacché lo svolgimento di attività di servizi ausiliarie a queste, se effettivamente e seriamente esercitata, centrano in pieno l'obiettivo voluto dal legislatore che, in estrema sintesi, è proprio quello di bloccare ogni partecipazione di comodo o cartacea. In tutte queste ipotesi, infatti, si risponde a esigenze di mercato in generale o imprenditoriali che esulano dalla volontà di elusione connessa al regime fiscale del paese ospitante. Ad avallare tale impostazione contribuisce non solo la preminenza dell'esercizio

di un'attività dinamica, sia essa manifatturiera, mercantile o di servizi, bensì anche la possibilità di sentire sul punto il comitato consultivo sull'interpello in ordine alla sussistenza o meno delle validità economiche.

Con riferimento poi al secondo aspetto deve essere innanzitutto fatta una premessa: mentre nel caso dell'attività svolta il dato di fatto è assunto automaticamente, l'onere di provare che dalla partecipazione in società a rischio non scaturisce la volontà di localizzare i redditi in paradisi fiscali diventa più emblematico e fumoso. In questo modo tale secondo baluardo si mostra meno efficace del primo proprio perché la prova concessa si presenta alquanto difficile; tanto più che quest'ultima, ovviamente, sarà invocata in assenza del primo requisito, la cui presenza renderebbe vana ogni ulteriore considerazione; cosicché appare ancora più arduo dimostrare l'assenza di volontà elusive laddove la società non svolga alcuna attività imprenditoriale capace di giustificare l'esistenza.

La norma di chiusura inserita nel comma 5 consente al socio residente in Italia di richiedere il preventivo parere all'amministrazione finanziaria in ordine alla propria concreta situazione. Cosicché sarà possibile ricorrere all'interpello sia per evidenziare l'effettivo svolgimento dell'attività nel mercato del territorio a bassa fiscalità sia per dimostrare l'assenza di localizzazione dei redditi in tali paesi, in dipendenza dalla partecipazione detenuta.

In verità la formulazione della disposizione in parola, come è stato detto poc'anzi, è imprecisa e rischia di diventare inutile. Che significa, infatti, non conseguire l'effetto di localizzare i redditi nei paesi a regime fiscale privilegiato? Se con ciò si volesse affermare che, comunque, quelle utilità scontano una tassazione ordinaria e non beneficiata, sarebbe inutile dirlo tanto sarebbe ovvia l'inoperatività della norma antielusiva che, appunto, mira a scoraggiare politiche prive di validità economica da un punto di vista imprenditoriale.

*Numero 161, pag. 33 del 8/7/2000*

## **La scure antielusiva sui Capital Gain**

*Interpretazione restrittiva del Comitato consultivo sulle dimissioni di partecipazioni qualificate.*

*Cedendo a frazioni le quote sociali si aggira l'imposizione*

Si abbatte anche sulla disciplina dei capital gain la scure antielusiva dell'amministrazione finanziaria. Ciò in quanto la cessione frazionata di quote societarie è stata interpretata dal Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive come volta esclusivamente ad aggirare l'imposizione del 27% prevista per le dimissioni di partecipazioni qualificate, fruendo della più bassa aliquota (12,5%) in ciascuna delle due tranches. Si fanno sempre più preoccupanti e rigide le posizioni assunte dal Comitato chiamato a fornire il proprio preventivo parere sulla natura elusiva di particolari tipologie di operazioni che i contribuenti hanno in animo di compiere. Come già sottolineato, l'ostacolo, pressoché insormontabile, è la dimostrazione di una valida ragione economica che accompagni i risparmi fiscali conseguenti alle, a volte complesse, fattispecie interessate. Sebbene le operazioni più gettonate siano quelle di ristrutturazione societaria non mancano casi in cui al vaglio dell'amministrazione finanziaria passano situazioni diverse legate per esempio alla natura di alcune spese sostenute o alla corretta applicazione del nuovo regime dei capital gain. Non vi è dubbio la cautela deve essere massima, ciò nonostante, tuttavia, pare che ci si stia allontanando dalle pregevoli considerazioni contenute nella relazione di accompagnamento al dlgs n. 358 del 1997.

E' stato sempre sostenuto che il confine tra il risparmio di imposta e l'elusione fiscale è troppo labile con il rischio di far prevalere quest'ultimo atteggiamento rispetto al primo in quanto lecito. Un principio risulta comunque inderogabile, Come ricorda la relazione di accompagnamento appena citata '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'. Ciò significa, dunque, che nessun vincolo operativo può derivare all'andamento ordinario degli affari e alla volontà del contribuente. Tanto è vero che, continua la relazione, 'il controllo

sull'elusività di un comportamento. È consiste in un confronto oggettivo tra regimi fiscali, e non certo nella necessità di sindacare i comportamenti oggettivi dell'imprenditore medio o dell'uomo d'affari medio; è del tutto irrilevante, sotto questo profilo, valutare se un comportamento è economicamente normale o imprenditorialmente vantaggioso'. Si tratta di affermazioni di un certo spessore che avrebbero dovuto rappresentare la guida programmatica per il Comitato consultivo che, a quanto pare, non risulta essere stata fedelmente seguita. Se si ha il tempo di leggere il seguente passo, desumibile sempre dalla relazione di accompagnamento, si ha l'immediata contezza di quanto si è andati dicendo. La norma antielusione, si afferma, 'non può quindi vietare la scelta, tra una serie di possibili comportamenti cui il sistema fiscale attribuisce pari dignità, quello fiscalmente meno oneroso'. Tra gli strumenti giuridici fungibili, ma che il sistema pone sul un piano di sostanziale parità si ricordano: la scelta del tipo di società da utilizzare, la scelta tra cedere aziende o partecipazioni sociali ecc. Vale a dire ipotesi operative che, guarda caso, assomigliano proprio a quelle censurate nei pareri commentati nei giorni scorsi e in quelli odierni.

*La vendita frazionata di partecipazioni e l'imposta sostitutiva sui capital gain*

In una particolare fattispecie è stata posta all'attenzione del Comitato consultivo la cessione frazionata da parte dei soci di una società in accomandita semplice delle partecipazioni detenute, pari all'80% del capitale sociale a favore di una società cooperativa con contestuale trasformazione della società di persone in società a responsabilità limitata. Nelle intenzioni dichiarate dalla società istante l'operazione si giustifica con la volontà di attribuire all'attività svolta una connotazione maggiormente commerciale, relegando il settore produttivo alla società cooperativa cessionaria. Se l'operazione in sé non genera particolari problemi, le modalità attraverso le quali si snoda hanno lasciato alquanto perplesso il Comitato consultivo. In effetti la vendita delle partecipazioni provenienti dai due soci dell'originaria società di persone avrebbe dovuto avvenire in due fasi distinte: una prima cessione pari al 20% del capitale sociale e una seconda pari al 60% dello stesso. In tal

modo, secondo la società, verrebbero contemporaneamente tutelati gli interessi delle due parti contrapposte: quello del venditore che non intende trasferire le quote prima dell'avvenuto integrale pagamento e quello del compratore che non vorrebbe acquistare una partecipazione strumentale alla propria attività in misura inferiore al 20%, quota minima per la qualifica di impresa collegata.

L'amministrazione finanziaria sottolinea però che alla luce della nuova disciplina fiscale dei capital gain la strutturata vendita finirebbe con il consentire un risparmio di imposta considerato indebito: infatti tornerebbe applicabile l'imposta sostitutiva sulle plusvalenze con aliquota fissata al 12,5%, propria delle cessioni non qualificate, anziché quella, più elevata del 27%. Fondamentale è comunque risultata la considerazione che le esigenze prospettate avrebbero potuto conseguirsi anche senza porre in essere la vendita frazionata. Sarebbe bastato, a detta dell'amministrazione finanziaria, inserire apposite clausole contrattuali in un unico atto di vendita. In tal modo, l'intera impalcatura costruita dalla società istante finisce per essere priva di quelle valide ragioni economiche, l'assenza delle quali, fa sfociare inevitabilmente in una fattispecie di natura elusiva.

*Numero 040, pag. 28 del 17/2/2000*

## **Punibilità ridotta per le elusioni**

*E' quanto specifica la relazione allo schema di decreto legislativo sugli illeciti penali tributari.*

*Uniformarsi al parere del comitato consultivo esclude il reato*

E' stata rafforzata la punibilità della sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte. Sia per quanto attiene alla pena, prevista da un minimo di uno a un massimo di quattro anni, sia riguardo al momento in cui è possibile configurare il reato anche se è stato introdotto il limite di offensività al di là dei cento milioni di lire. Nessuna rilevanza penalistica potranno avere le fattispecie potenzialmente elusive non rimesse alla preventiva valutazione dell'organo consultivo. Ciò perché nulla vieta che il contribuente continui ad avvalersi, legittimamente, delle opportunità offerte dall'ordinamento di risparmiare le imposte.

Sono queste le ulteriori particolarità rinvenibili, nella relazione al dlgs emanato per dare attuazione alla legge delega n. 205 del 25 giugno 1999 inerente alla nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto.

*La sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte*

Il sesto comma dell'art. 97 del dpr. n. 602 del 1972 viene rivisitato e rafforzato.

L'art. 11 del provvedimento punisce con la reclusione da uno a quattro anni (prima si prevedeva la reclusione sino a tre anni) chiunque, al fine di sottrarsi al pagamento di imposte sui redditi o sul valore aggiunto ovvero di interessi e sanzioni per un ammontare superiore a cento milioni di lire, 'aliena simulatamente o compie atti fraudolenti sui propri o su altrui beni idonei a rendere in tutto o in parte inefficace la procedura di riscossione coattiva'.

Ora le cose potrebbero cambiare in peggio vista la conservazione del principio volto a stanare coloro i quali si dichiarano nullatenenti per evitare di pagare un creditore ritenuto a

torto non invadente e tardo a esigere. é vero che ci si potrebbe attivare con la revocatoria ordinaria al fine di rendere inefficace l'atto di disponibilità. é altrettanto innegabile, tuttavia, che intentare una causa civile è pur sempre lunga e costosa anche se gli esiti potrebbero essere quasi certi in quanto mirati a un accoglimento della domanda. La nuova disposizione sul punto è più rigida rispetto a quella precedente. Innanzitutto viene eliminato il riferimento temporale legato all'inizio di alcuni eventi amministrativi; solo dopo la conoscenza di questi era vietato, in teoria, predisporre atti di disponibilità. Cosicché, se il contribuente si sottrae al pagamento delle imposte tout-court, a prescindere da quando attua tale intento delittuoso, potrebbe essere soggetto alla sanzione penale appena ricordata. Si tratta di verificare se, comunque, ogni atto di disponibilità così finalizzato possa ricadere nel precetto punitivo di cui all'art. 11 del provvedimento. La disposizione non lo dice espressamente ma la sua configurabilità (dolo specifico, alienazioni, frodolenta) fa pensare a una volontà a ridosso dell'evento che si vuole evitare (sottrarsi al pagamento delle imposte sui redditi e sul valore aggiunto). Il fatto poi che il legislatore si riferisca alla simulazione non alleggerisce la necessità di rinvenire comunque una volontà fraudolenta. Ciò perché occorre che esista sempre il fine specifico di sottrarsi al pagamento delle imposte sui redditi o sul valore aggiunto con le connesse sanzioni ed interessi.

Così come ricorda la relazione di accompagnamento, l'alienazione simulata costituisce l'esempio paradigmatico della condotta fraudolenta. Requisito ulteriore per definire questo reato è l'aver reso inefficace, in tutto o in parte, la riscossione coattiva. A tale espressione la relazione vuol dare un significato più pregnante rispetto a quanto è lecito rinvenire. Si dice infatti che il delitto di specie può dirsi perfezionato sulla base della semplice idoneità della condotta da apprezzare, in base ai principi, con giudizio ex ante e non anche l'effettiva verifica di tale evento. Ciò dovrebbe significare che non è necessario appurare in concreto l'efficacia essendo sufficiente che con gli atti di disponibilità la stessa sia resa tale anche se solo potenzialmente.

### *Le operazioni elusive e la loro punibilità*

La norma è a favore del contribuente. In verità, dalla sua formulazione, è lecito considerare qualche dubbio.

Il contribuente presenta una istanza rivolta agli organi di cui ai commi 9 e 10 dell'art. 21 della legge n. 413 del 1998 per chiarire sull'elusività o meno dell'operazione che compirà. Nel caso di non elusione tutto è lecito e l'operazione di specie non presenta rilievi penali. Se il contribuente riceve un parere con il quale gli si dice che quanto da lui prospettato è improponibile e però a questo si uniforma, pure in questa ipotesi nessuna sanzione può essere comminata in quanto il fatto non è stato attuato per dare ascolto al suggerimento contrario fornito dal comitato consultivo.

Si noti che la disposizione in commento si rivolge solo a tale fattispecie.

Così se si prospetta un fatto sul quale viene emesso un parere e ci si uniforma a questo abbandonando quell'operazione bocciata non si vede che cosa si dovrebbe non punire. Se, invece, il contribuente prospetta una operazione ricevendone parere contrario ma, ciò nonostante, la attua lo stesso, occorrerà vedere se in essa è presente un intento fraudolento. Il mancato adeguamento al parere non può essere di per sé un aggravante rispetto al fatto prospettato; sarà questo nella sua più intrinseca natura a dover essere esaminato. Ma una operazione potenzialmente elusiva non presenta di per sé i caratteri della frode o del dolo specifico ai fini evasivi. Laddove lo fosse traccimerebbe nell'evasione pura. Opinare diversamente, cioè sanzionare il mero mancato adeguamento, significherebbe ritenere, per presunzione assoluta, tale attività delittuosa. La relazione di accompagnamento giustifica l'operatività della norma sulla base dei principi affermati dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 364 del 24 marzo 1988 nonché in base alla logica dettata per prevedere la non punibilità delle valutazioni estimative (percentuale di tolleranza ed ulteriore intervallo di confidenza). Secondariamente ricorda come l'art. 15 debba riguardare solo le ipotesi previste dagli artt. 37, comma 3 e 37-bis del dpr. n. 600 del

1973 e non pure altre fattispecie pur disseminate altrove parimenti volte a frenare l'elusione. Circa le perplessità sopra evidenziate e già sollevate nei giorni scorsi, la relazione si sofferma a confutarle. Si dice che, se non si sottopone il caso al parere del comitato (anche perché esorbitante dai suoi poteri), non è detto che ci si ponga al di fuori dalla legge penale; resta infatti salva l'opportunità del contribuente di sfruttare tutti gli interstizi che l'ordinamento gli offre al fine di risparmiare imposte. In altre parole, conclude la relazione, 'la disposizione di cui all'articolo 15 è unicamente di favore per il contribuente e non può in alcun modo essere letta, per così dire, a rovescio, ossia come diretta a sancire la rilevanza penalistica della fattispecie lato sensu elusiva non rimessa alla preventiva valutazione dell'organo consultivo'.

Concludendo si potrà avere la seguente situazione:

- il parere richiesto sull'operazione è favorevole: nessuna sanzione,
- il parere richiesto è sfavorevole all'operazione e questa non si fa: nessuna sanzione in quanto il fatto non è stato commesso;
- il parere non lo si richiede: sarà necessario verificare se l'operazione prospettata è fraudolenta non potendosi ritenerla comunque sanzionabile;
- il parere non è stato richiesto in quanto l'operazione non rientra tra quelle di competenza del comitato consultivo: nessuna sanzione è applicabile.

*Numero 005, pag. 25 del 7/1/2000*

## **A tutto campo la lotta all'elusione**

*Nella relazione annuale al parlamento i superispettori chiedono l'aumento dei poteri accertativi.*

*Il Secit vuole la creazione di una norma a carattere generale*

Anti-elusione a tutto campo. È questa la proposta direttamente rinvenibile dalla lettura della relazione annuale del Secit per l'anno 1998; parimenti, proposte di modifica sono state invocate in ordine al controverso rapporto tra giudizio penale e accertamento tributario, nonché per ciò che riguarda i diversi effetti in sede contenziosa del rifiuto di esibire documenti e della mancata risposta a questionari. Il resoconto dell'attività ispettiva svolta nel corso dell'ultimo anno si presenta, come di consueto, ricco di spunti di riflessione e di argomenti interessanti; stavolta però, nell'affrontare lo spinoso tema della normativa anti-elusione, con l'approfondimento di situazioni concrete evidenziate nel corso delle verifiche svolte, gli ispettori affondano il colpo proponendo un drastico e totale allargamento dell'ambito applicativo della disciplina di cui all'articolo 37-bis del dpr n. 600 del 1973. Nell'evidenza di molteplici situazioni chiaramente volte a un semplice risparmio fiscale e prive di qualsiasi diversa ragione economica, si è infatti evidenziata l'inadeguatezza e l'inopportunità di racchiudere in poche fattispecie la possibilità di applicare le disposizioni anti-elusive.

### *L'elusione fiscale*

La parte quarta della relazione affronta il resoconto dell'attività di controllo effettuata sui contribuenti: aspetto di principale importanza affrontato è quello dell'elusione fiscale. Sia evidenziando particolari casi inerenti alla violazione di alcune specifiche disposizioni sia, soprattutto, attraverso una analisi approfondita della disciplina generale anti-elusiva così come delineata dall'articolo 37-bis già citato.

Oggetto di indagine sono state innanzitutto le operazioni di finanziamento garantite da depositi di denaro, titoli o altri valori mobiliari, le quali sono state sottoposte a una rigida normativa volta

a scoraggiare tali ipotesi poste in essere con finalità sostanzialmente elusive. L'articolo 7 del dl n. 323 del 1996 ha disposto infatti che sui proventi derivanti da tali depositi, valori mobiliari o titoli sia dovuta una somma, indipendente da qualsiasi altro prelievo, pari al 20% di quanto maturato. Tuttavia, nonostante la forte penalizzazione tali operazioni non sono state del tutto abbandonate, sia perché difficilmente le banche sono portate ad abbandonare linee di credito fortemente garantite, sia perché, in determinate circostanze, l'accesso al credito è consentito solo a queste condizioni decisamente svantaggiose. Tra le altre fattispecie a rischio sono state affrontate le problematiche relative al credito su pegno, alle vendite televisive e alla compravendita di preziosi usati. In tutti i casi sono state illustrate situazioni verificatesi che configurano una vera e propria sacca di evasione attuata attraverso l'aggiornamento di normative non sempre pronte ad affrontare tali questioni.

Comunque, al di là degli specifici casi affrontati, la relazione prende in esame la disciplina generale anti-elusiva, come dettata dall'articolo 37-bis del dpr n. 600 del 1973, ed evidenzia che dall'attività di controllo svolta è stata rilevata l'inopportunità di restringere a un elenco chiuso i negozi suscettibili di conseguire un'operazione diretta esclusivamente al risparmio di imposta'. Ciò a dire che il comma 3 dell'articolo 37-bis, nel quale sono appunto indicate le operazioni che potenzialmente possono configurare negozi privi di valide ragioni economiche, andrebbe del tutto abolito, evitando così di precludere l'intervento dell'amministrazione finanziaria alle fattispecie non indicate espressamente nella disposizione. In effetti tale proposta deriva dalla duplice considerazione che da un lato è impossibile prevedere un numero finito di forme giuridiche attraverso cui poter realizzare negozi giuridici con esclusive finalità anti-elusive e dall'altro non si può restringere in alcun modo l'autonomia negoziale delle parti.

In particolare si è potuto riscontrare il frequente utilizzo a fini elusivi del contratto di associazione in partecipazione, cosicché il Secit propone, in via alternativa alla ben più radicale ipotesi, l'inclusione di tale fattispecie tra quelle suscettibili di generare la presunzione di legge di cui al più volte richiamato articolo 37-bis.

Un aspetto particolarmente interessante deve essere evidenziato: lo studio ha chiarito il rapporto esistente tra fattispecie tipicamente elusive e operazioni sanzionabili ai sensi dell'ultimo comma dell'articolo della legge n. 516 del 1982, inerente alla frode fiscale; in alcune circostanze le due ipotesi possono tendere a confondersi ma va ricordato che, mentre nel caso dell'elusione si è di fronte a un negozio valido tra le parti, anche se concluso per un fine diverso da quello naturale, in caso di frode fiscale la convenzione scritta non ha alcun effetto obbligatorio, ma è volta esclusivamente a conseguire un vantaggio fiscale.

#### *Altre proposte di intervento*

Tra le altre proposte di modifica avanzate nella relazione devono essere evidenziate quelle che chiedono un migliore collegamento tra l'accertamento tributario in presenza di fatti aventi rilevanza penale. Viene prospettata l'utilizzabilità nel processo tributario delle prove raccolte in sede penale, con la possibilità di sospendere il processo tributario fino al termine del procedimento penale. Allo stesso modo sembra opportuna la sospensibilità dei termini di decadenza dell'azione accertatrice nel momento in cui sugli stessi fatti sia in corso un procedimento penale.

In merito alle disposizioni di cui all'articolo 33 del dpr n. 600 del 1973 è stata evidenziata la discordanza presente tra le disposizioni che prevedono l'impossibilità di presentare in sede contenziosa i documenti che non si sono voluti esibire nel corso della verifica e quelle che invece sanzionano semplicemente, senza alcuna preclusione, la mancata risposta a questionari inviati dall'amministrazione. Essendo equiparabile il comportamento devono altresì essere identiche le conseguenze: cosicché la proposta è quella di allargare gli effetti preclusivi, eliminando la previsione per la quale il deposito alla prima udienza, con la dichiarazione di non aver potuto ottemperare a suo tempo per causa a lui non imputabile, possa sanare la posizione.

*Numero 168, pag. 27 del 16/7/1999*

## **Cessioni di crediti nel mirino della gdf**

*Dopo la circolare della guardia di finanza avviate le indagini per scovare deducibilità indebite.*

*Le vendite a titolo definitivo nascondono operazioni elusive*

Al via gli accertamenti della gdf sulla cessioni dei crediti a titolo definitivo (pro-soluto). Le Fiamme Gialle, infatti, secondo quanto risulta a ItaliaOggi, hanno già avviato una serie di indagini finalizzate a scovare, dietro una operazione di cessione di credito in via definitiva, un'altra elusiva, atta esclusivamente a rendere possibile la deducibilità fiscale dell'eventuale perdita da parte del cedente. L'eventuale deducibilità fiscale della relativa perdita da parte del cedente potrebbe essere, infatti, sindacata, non solo in quanto afferente a una operazione elusiva, bensì anche perché in essa si potrebbe nascondere un diverso rapporto occulto tra le parti proteso a mascherare la loro reale intenzione.

Infatti il comando generale della guardia di finanza raccomandava ai verificatori questi passaggi con la circolare n. 1/1998 (pubblicata nella guida di ItaliaOggi ancora in edicola) indicando al paragrafo 3.3.2 del secondo volume, il problema fiscale legato alla deducibilità delle perdite su crediti.

La questione di specie è stata da sempre oggetto di discussione, giacché attraverso l'operazione di cessione o di rinuncia al credito si può realizzare, immediatamente, una perdita fiscalmente deducibile. Da una parte, infatti, si osservano precise norme civilistiche dettate per la valutazione dei crediti commerciali sulla base del loro presumibile valore di realizzazione e, dall'altro, si cerca nel contempo di ottenere un minimo di ristoro fiscale in ordine alla deducibilità di una perdita riferita a un credito incagliato da tempo. Senonché la pericolosità connessa a un tipo di operazione mirata a disfarsi di un credito ritenuto, a torto o a ragione, inesigibile sulla base della semplice volontarietà degli intenti ha, da sempre, attirato le attenzioni ministeriali. Tra queste vi rientrano a pieno titolo le rinunce e le cessioni. La prima, giacché potrebbe non essere in linea con gli ordinari (ed evanescenti) criteri di convenienza economica di

cui alla risoluzione n. 9/517 del 6 settembre 1980. La seconda, in quanto posta in essere con intenti elusivi o, da ultimo, come è stato ricordato all'inizio, perché attorno ad essa potrebbero annidarsi accordi diversi. Specialmente e soprattutto per l'operazione di cessione a titolo definitivo (pro-soluto).

Nel caso in cui l'impresa, dice la circolare in commento, 'abbia posto in essere una serie di operazioni di questo tipo, ovvero anche una sola operazione ma di importo elevato, è necessario un approfondito controllo, soprattutto in ordine agli eventuali rapporti, anche di tipo occulto, tra cedente e cessionario.'

Le operazioni di specie, infatti, conclude sul punto il comando generale, 'possono anche essere ispirate a finalità elusive, allo scopo cioè di aggirare le norme che condizionano la deduzione della perdita alla sussistenza di elementi certi e precisi.'

Sin qui il pensiero operativo contenuto nella ricordata circolare il quale, si badi bene, non deve essere trascurato in quanto esso potrebbe trovare concreta ospitalità nel processo verbale di constatazione che, a sua volta, rappresenta il mezzo per la richiesta di misure cautelative o per avallare l'emissione di un accertamento parziale ovvero, infine, perché su di esso poggiano (quasi) tutti gli atti di contestazione emessi dagli uffici finanziari. Cosicché, quindi, una operazione di cessione di credito dalla quale scaturisce una perdita fiscalmente deducibile sarà sottoposta a un approfondito esame, non solo in relazione alle regole antielusive fissate dall'art. 37-bis del dpr n. 600 del 1973, ma anche al fine di verificarne l'effettiva e non occulta volontà delle parti in causa. Nonostante le ricordate affermazioni non si ritiene, comunque, che una operazione portata alla dismissione definitiva del credito possa essere, in concreto, censurata. Innanzitutto, le valide ragioni economiche che debbono fiscalmente presiedere in una operazione del genere per farla affrancare dall'elusione di cui alla ricordata normativa dovrebbero, in tesi generale, esserci in toto. Di solito, infatti, si cede un credito che risulta allocato in bilancio da un certo tempo attorno al quale, si badi bene, potrebbero anche non esserci state azioni esecutive mirate al suo recupero coattivo. Una sua dismissione, quindi, è del tutto

giustificata. Se poi a fronte del valore facciale iscritto in bilancio ritenuto inesigibile si ottiene un importo per pronta cassa, seppur modesto, il risultato economico è presto raggiunto. Risultato che, di per sé, è insindacabile una volta che se ne è motivata la convenienza gestionale consistente, appunto, nella sostituzione di un valore di mero inchiostro contro uno numerario certo. Secondariamente, non è corretto accostare o confondere, come mostra di fare la circolare, l'elusione con l'aggiramento di norme le quali esigono, per avallare la deducibilità, la certezza e la precisione degli elementi connessi alla perdita. La cessione del credito, infatti, è una operazione del tutto trasparente che, ragionando per assurdo, già di per sé è idonea ad 'aggirare' tout-court l'art. 66 del Tuir in quanto con essa si materializzano i ricordati presupposti di certezza e precisione. Cosicché, nel momento in cui l'operazione di specie ha una sua pur minima validità economica nei termini più sopra intesi, la stessa sarà del tutto lecita. Ma neppure l'approfondito esame dei verificatori, protesi alla ricerca di accordi occulti tra cedente e cessionario, potrebbe sortire un effetto positivo in quanto non è chiaro quali essi siano. Se la ricerca deve mirare a inficiare il contratto definitivo (pro-soluto) per simulazione in quanto apparirebbe una volontà diversa da quella reale, si tratterebbe di una attività investigativa non proficua. Ciò in virtù della difficoltà delle indagini non supportate da validi indizi contrari. Se, invece, si volesse arrivare a tramutare il contratto pro-soluto in quello pro-solvendo al fine di non legittimare la deducibilità della perdita le cose, anche qui, non cambierebbero di molto. Si dovrebbe, infatti, provare che, all'atto della riscossione del credito, il cessionario rigiri al cedente il surplus o si faccia ridare da questi il differenziale negativo rispetto a quanto è stato oggetto di contrattazione. Il rischio reale è invece un altro. Vale a dire quello connesso alla censurabilità delle singole clausole contrattuali al fine di inficiare l'intero accordo. Le stesse potrebbero essere state create ad arte, infatti, per eliminare o evitare al massimo ogni rischio per il cessionario. Sia in relazione alla totale insolvenza del credito ceduto che a una sua parziale riscuotibilità rispetto all'interno. Ma tale ipotesi, in verità, avrebbe più i connotati della frode che quelli dell'elusione.

## **Antielusione, disapplicazione doc**

*Il decreto attuativo vincola l'istanza alle ipotesi previste dall'articolo 37 bis del dpr n. 600 del 1973.*

*La richiesta può essere rivolta solo per i casi predeterminati*

L'istanza di disapplicazione delle norme antielusive non si coniuga con le presunzioni di tipo assoluto né tanto meno, con quelle relative ma solo con le fattispecie ritenute tali in modo esclusivo e casistico dal legislatore. È questo quanto è possibile ritrarre dalla lettura del decreto ministeriale n. 259 del 19 giugno 1998 (si veda ItaliaOggi del 5 agosto 1998) combinandolo con l'art. 37-bis del dpr n. 600 del 1973. In verità, né il comma 8 del ricordato elaborato normativo né il relativo decreto di attuazione brillano per chiarezza. Specialmente in un campo, come quello relativo all'elusione in genere, foriero di apportare modifiche sostanziali alla (effettiva) capacità contributiva. Il punto, stante la delicatezza dell'argomento, merita di essere affrontato con cautela e con ordine metodologico.

### *La norma di riferimento*

Le discettazioni ruotano tutte attorno alla concreta portata del comma 8 dell'art. 37-bis del dpr n. 600 del 1973 siccome aggiunto dal comma 1 dell'art. 7 del dlgs n. 358 del 1997. Innanzitutto occorre chiedersi se esso sia da ritenersi svincolato e autonomo rispetto all'intera disposizione in cui è inserito ovvero se si tratta di un suo naturale completamento in guisa da non poterlo disgiungere dal contenuto della stessa.

Se si opta per la prima soluzione non vi è dubbio, stando anche all'attuale formulazione letterale, che la sua applicabilità è a tutto tondo. In caso contrario la richiesta di disapplicazione deve ancorarsi, indissolubilmente, alla analitica casistica ivi prevista. In verità, come si è avuto modo di rilevare (si veda ItaliaOggi del 5 e 17 agosto 1998), il decreto di attuazione lascia aperte numerose problematiche in quanto collegato all'ambigua formulazione del comma 8 dell'art. 37-bis del dpr n. 600 del 1973. In esso si ammette,

infatti, la disapplicazione delle 'norme tributarie che, allo scopo di contrastare comportamenti elusivi, limitano deduzioni, crediti di imposta o altre posizioni soggettive altrimenti ammesse dall'ordinamento tributario...!.

Ciò sarà possibile mediante la dimostrazione, da proporsi a cura del contribuente che, nella particolare fattispecie, tali effetti elusivi non potevano verificarsi. Seppur è vero che la norma si rivolge a non meglio specificate 'posizioni soggettive' in guisa da rischiare di ampliare a dismisura il campo di applicazione, è altrettanto innegabile che la disapplicazione deve riguardare, comunque, norme limitative ideate con lo specifico scopo di contrastare comportamenti elusivi onde eliminarne i relativi effetti. Esiste quindi un fine preciso che qualifica il comportamento del contribuente: esso deve essere (esclusivamente) rivolto all'elusione. Vale a dire, un atteggiamento particolare che non deve essere confuso, come ricorda la relazione di accompagnamento allo schema di decreto n. 358 del 1997, con il risparmio di imposta.

Le norme antielusive, si dice, scattano solo quando l'abuso della libertà di regolare i propri affari nel modo meno oneroso 'dà luogo a manipolazioni, scappatoie e stratagemmi che, pur formalmente legali, finiscono per stravolgere i principi del sistema'. Si tratta quindi di un atteggiamento psicologico connotato da una più o meno marcata intenzionalità. Sia essa di tipo doloso che colposo.

Già per questa via emerge, quindi, come la norma si rivolga solo alle fattispecie ritenute dal legislatore come elusive. Vale a dire a quelle contrassegnate dal comma 3 dell'art. 37-bis del dpr n. 600 del 1973 (trasformazioni, fusioni, scissioni, liquidazioni volontarie, conferimenti in società, cessioni di crediti o di eccedenze di imposta, ecc.) prive di valide ragioni economiche e dirette ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e protese ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi altrimenti indebiti. (comma 1).

Le indicate operazioni, pur restando valide da un punto di vista giuridico, sono inopponibili all'amministrazione finanziaria la

quale è chiamata ad applicare le imposte in base alle disposizioni eluse, al netto di quelle dovute per effetto del comportamento che si ritiene inopponibile (comma 2). In verità, i primi due commi appena ricordati potrebbero far pensare, se letti autonomamente da tutto il contesto in cui sono inseriti, come una norma antielusiva a carattere generale.

Tuttavia, come ricorda l'accennata relazione, conformemente alle limitazioni della delega e alla sfera applicativa del precedente art. 10 della legge n. 408, "...è stato previsto che essi scattino solo se il contribuente ha utilizzato una delle operazioni specifiche indicate nel comma 3." Cioè a dire, esclusivamente quelle sopra richiamate. Da quanto precede è dunque agevole arrivare alla seguente conclusione: se la disapplicazione prevista dal comma 8 dell'art. 37-bis del dpr n. 600 del 1973 è rivolta alle norme aventi uno scopo antielusivo e se le disposizioni di questo tipo sono solo quelle contrassegnate dal comma 3, non vi è dubbio che la richiesta, siccome proceduralmente fissata dal decreto di attuazione n. 259 del 1998, non può che rivolgersi a queste uniche fattispecie le quali, beninteso, siano state poste in essere senza valide ragioni economiche e con il fine di ottenere risparmi di imposte.

#### *Le presunzioni di non inerenza*

Una volta che si è cercato di dimostrare, nonostante l'ambigua formulazione del comma 8 dell'art. 37-bis del dpr n. 600 del 1973, come la richiesta di disapplicazione delle norme antielusive non possa che avere ad oggetto le fattispecie indicate nel comma 3, non resta che verificarne l'estendibilità anche in relazione ad ipotesi limitative, a livello presuntivo, di deduzione di costi e oneri dal reddito giacché, per esempio, mancanti del requisito dell'inerenza. Tale requisito non è sempre di facile rubricazione. Tant'è che, sovente, si è fatto ricorso al metodo presuntivo. Sia esso di tipo assoluto che relativo. Sia esso mirato a tararne la deducibilità in modo parziale o totale. I casi di specie sono molteplici e sono disseminati un po' ovunque nel nostro sistema tributario. Contro le presunzioni di tipo assoluto non c'è niente da fare al contrario di

quelle relative per le quali è ammessa, nei modi e nelle forme legalmente previste, la prova contraria.

Si tratta di una sistema a sé; del tutto avulso da quello appositamente e specificamente previsto dalle disposizioni antielusive di cui al ricordato art. 37-bis del dpr n. 600 del 1973. Volere coinvolgere tutto il sistema nel paradigma normativo previsto dalla richiesta di disapplicazione è una forzatura. Ciò nonostante, da un punto di vista generale, una istanza del genere sarebbe auspicabile e ben accetta.

*Numero 195, pag. 24 del 18/8/1998*

## La lotta all'elusione scruta il passato

*La circolare delle finanze interpreta retroattivamente l'entrata in vigore del dlgs 358/1997.*

*Il fisco potrà sindacare anche il procedimento già iniziato*

Diventano retroattive le nuove norme antielusive. Il disegno elusivo deve rapportarsi, infatti, alla unitarietà complessiva dei singoli atti, negozi e fatti compiuti. Da ciò ne consegue che un evento, pur commesso prima dell'8 marzo 1997, può riallacciarsi a quelli successivi al fine di rendere inopponibile all'amministrazione finanziaria il risparmio di imposta ottenuto con tutto il procedimento.

Sono queste le conclusioni alle quali perviene il ministero delle finanze con la circolare n. 320/E del 19 dicembre 1997 (ItaliaOggi di sabato scorso) nella parte in cui si riferisce alle disposizioni in materia di comportamenti elusivi di cui al punto 6, del capitolo II.

La norma di specifico riferimento è l'articolo 7 del decreto legislativo n. 358 dell'8 ottobre 1997, la quale necessita di essere coordinata con il comma 5 dell'art. 9 del medesimo provvedimento. Ciò perché la disposizione antielusiva si applica 'agli atti, fatti e procedimenti, posti in essere dopo l'entrata in vigore del presente decreto...'. Vale a dire, dall'8 novembre 1997 e cioè, 15 giorni dopo la pubblicazione, sulla Gazzetta Ufficiale n. 249 del 24 ottobre 1997, del provvedimento. Dalla medesima data cessa di avere efficacia l'articolo 10 della legge n. 408 del 1990 giacché, in buona sostanza, si tratta delle medesime fattispecie.

Cosicché, alla chiara previsione normativa, valevole dall'8 novembre 1997, si contrappone la ricordata interpretazione ministeriale la quale, al punto 3, precisa che, '...nel caso di procedimenti consistenti in una serie di atti preordinati al medesimo fine elusivo, la nuova disposizione si applica anche quando tali atti di detto procedimento siano posti in essere precedentemente all'entrata in vigore del decreto legislativo n. 358 e sempreché il procedimento

stesso si concluda successivamente alla data di entrata in vigore del decreto stesso'.

Le motivazioni di tali affermazioni consistono nel fatto, ricorda ancora la relazione, che '...gli atti che costituiscono il procedimento elusivo, rispondendo ad un unico disegno, assumono rilevanza, ai fini di che trattasi, non nel momento in cui sono stati posti in essere bensì nel momento della conclusione del procedimento stesso'.

In buona sostanza, l'amministrazione finanziaria potrà discrezionalmente sindacare gli atti indicati nel comma 2 dell'articolo 7 del decreto legislativo n. 348 del 1997, arrivando a mettere in discussione anche i comportamenti assunti precedentemente all'8 novembre 1997 se il loro fine elusivo si concretizza dopo. Così facendo, tuttavia, l'ufficio viene ad assumere un illimitato potere di controllo retroattivo che si colloca male, tanto da un punto di vista letterale, quanto con la filosofia che deve sottendere a una garanzia del genere.

Il comma 1 dell'articolo 7 del provvedimento considera non solo il singolo atto, fatto o comportamento, bensì anche quelli tra loro collegati. Vale a dire, il procedimento unitario sintomo di un disegno elusivo. Ed è proprio a tale procedimento che si riallaccia l'interpretazione ministeriale. Cosicché, considerato che il comma 5 dell'articolo 9, si rapporta anch'esso, tra l'altro, ai procedimenti posti in essere dopo l'8 novembre 1997, non vi è dubbio che, operando retroattivamente, si contravviene al chiaro disposto normativo appena richiamato.

Ciò detto in termini specifici, viene da fare, tuttavia, un altro tipo di considerazione. Questa volta calata in un contesto più ampio.

Non bisogna dimenticare, innanzitutto, che il procedimento elusivo, inteso come disegno unitario a ciò finalizzato, si ritiene tale alla ricorrenza di alcuni presupposti oggettivi. Cioè a dire, che deve essere privo di valide ragioni economiche, attuato con il fine specifico di aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento

tributario nonché finalizzato ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi altrimenti indebiti. Senza la ricorrenza di tali due ultime volontà, pur in assenza della validità delle ragioni economiche sottese al procedimento, lo stesso non potrà essere dichiarato inopponibile nei confronti dell'amministrazione finanziaria. Parimenti, la presenza di tali apprezzabili ragioni, lo renderà valido, comunque, a tutti gli effetti.

Il discrimine, quindi, per aversi un procedimento o un atto antielusivo, è rappresentato proprio dalla sussistenza o meno della validità delle ragioni economiche.

Discettare in ordine alla differenza tra elusione o aggiramento di imposte appare estremamente sterile. Non foss'altro perché, in termini accertativi, tali differenziazioni conteranno ben poco. Se potrebbe risultare facile, in tesi generale, calare la sussistenza o meno della validità delle ragioni economiche sul singolo atto o fatto, tale verifica appare inverosimile se la si colloca su tutti gli atti o i comportamenti che formano l'intero procedimento o l'unitario disegno elusivo.

L'economicità apprezzabile è, infatti, un elemento riferibile al momento in cui si compie la singola operazione. Diventa un concetto evanescente quando lo si vorrebbe spalmare per tutto un procedimento elusivo magari consumato in un tempo relativamente lungo.

Un conferimento, una trasformazione, una cessione dell'unica o del ramo di azienda, si attua mediante un insieme di eventi solo astrattamente collegabili tra di loro ed ognuno dei quali potrebbe avere, nel preciso momento in cui viene attuato, una loro economicità e, quindi, non rilevarsi sindacabile.

Si vuol dire, insomma, che risulta difficile misurare la validità dell'operazione in ordine all'intero procedimento giacché, quello che conta, è la verifica sul singolo atto o comportamento. Di converso, diverrebbe eccessivamente discrezionale tacciare tutto il procedimento come disegno elusivo solo perché uno degli atti che lo

compongono non è valido economicamente. Cosicché, non è possibile derogare alla funzionalità innovatrice della norma cercando di dargli una valenza retroattiva che contrasta, oltre che con la norma, anche con le condizioni per la sua concreta applicazione.

*Numero 302, pag. 18 del 23/12/1997*

## Norme antielusive cucite su misura

*Lo schema di dlgs su fusioni e cessioni d'azienda definisce il potere accertativo degli uffici tributari.*

*Il fisco dovrà contestare la mancanza di valide ragioni economiche*

Norme antielusive a misura e più attente a rispettare i diritti difensivi e le riscossioni verso il contribuente ma che, per evitare eccessive penalizzazioni, debbono essere affrontate con una certa dose di equilibrio da parte dell'amministrazione finanziaria. In caso contrario, la concatenazione di atti o fatti, astrattamente censurabili, non avrebbe fine ma neppure senso giuridico. Sono queste le conseguenze e le riflessioni che derivano dalla lettura dell'art. 7 dello schema di decreto legislativo sul riordino generale delle norme sulle fusioni, cessioni e conferimenti (ItaliaOggi di ieri). Con esso infatti, da un lato, si vorrebbe mutare il principio generale già fissato dall'art. 10 della legge n. 408 del 1990 (rimasto pressoché inapplicato), introducendo, dall'altro, precise regole garanziali nei confronti del contribuente.

*Il concetto di elusione*

L'elusione è una concezione o un approccio psicologico. Essa deve perciò basarsi, come riconosce il ministero nella propria relazione, 'su una pluralità di atti tra loro coordinati...'. Ed 'è per questo che la norma pone l'accento sul disegno elusivo complessivamente architettato dal contribuente'. Cioè a dire che deve essere presente un comportamento unitario al quale possono essere ricondotti singoli atti o fatti (vedi tabella). Il risparmio di imposta è invece qualcosa di diverso dall'elusione. Esso si snoda e si sviluppa infatti nell'adozione di specifiche scelte offerte (espressamente) dall'ordinamento. Molte volte infatti l'adozione dell'ammortamento o lo spostamento in avanti di alcuni proventi hanno permesso il risparmio immediato, ma non definitivo, di imposte.

Cosicché, l'identificazione dell'elemento psicologico dell'evento elusivo si racchiude nell'espressione, prevista dal comma

1 del nuovo art. 37-bis del dpr n. 600 del 1973, secondo la quale, sono inopponibili all'amministrazione finanziaria gli atti, i fatti e i negozi 'privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario, e a ottenere così riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti'. Il concetto elusivo riposa tutto in questa definizione. Se non venissero specificate nel comma 3 le fattispecie ad esso riconducibili si potrebbe parlare del concetto a valenza generale. Il punto centrale, a prescindere dalla necessità che con l'operazione si sia risparmiata una certa imposta o dalla presenza o meno della volontà (semplicemente 'raggirante' e non fraudolenta attuata dal contribuente, è rappresentato dalla verifica dell'assenza di valide ragioni economiche. Dell'attuale norma contenuta nell'art. 10 della legge n. 408 del 1990 è l'unico concetto che sopravvive. Gli altri, la frode e l'esclusività del risparmio, verranno eliminati. Cosicché, non deve trattarsi solo di assenza di (mere) ragioni economiche, bensì della loro 'validità' o spessore in guisa da doverle fondatamente assumere come sussistenti o meno al fine di rendere gli atti inopponibili all'amministrazione. Trattasi però di una qualifica (la validità) difficilmente misurabile in pratica e per ciò stesso eccessivamente discrezionale. Seppur è inoltre vero che il fine (il risparmio di imposta) non deve essere più di tipo esclusivo, seppur comunque esistente, è altrettanto innegabile che esso si pone quale nesso di casualità con la validità delle ragioni economiche. In buona sostanza, le due ipotesi non possono essere disgiunte. Tanto è vero che senza risparmio, l'operazione è insindacabile, a prescindere dalla non validità delle ragioni economiche. Al contrario, sussistendo tale requisito qualificante (la validità), resta profittabile il beneficio fiscale. La relazione ministeriale, sul punto, si limita a dire che l'espressione 'valide ragioni economiche' non sottintende una 'validità giuridica', che in questo contesto non avrebbe senso, 'ma una apprezzabilità economico gestionale'. Ciò comporta, come è stato ricordato all'inizio, una certa dose di equilibrio accertativo nell'evitare di censurare comportamenti ritenuti, eccessivamente, carenti di un requisito (la validità) difficilmente ingabbiabile in precisi schemi operativi.

### *La disapplicazione di norme penalizzanti per il contribuente*

Si tratta di una possibilità concessa al contribuente di chiedere la disapplicazione di norme che, seppur astrattamente ritenute di rango elusivo, potrebbero (tuttavia) rilevarsi eccessivamente penalizzanti. A tal fine deve essere il contribuente a dimostrare che 'nella particolare fattispecie tali effetti elusivi non potevano verificarsi'. Come afferma la relazione accompagnatoria allo schema di decreto legislativo, la norma introduce un principio di civiltà giuridica e di pari opportunità tra fisco e contribuenti. Le norme elusive, a volte, sono inevitabilmente imprecise e provocano, continua la relazione, 'indebite penalizzazioni per comportamenti che non hanno nulla di elusivo'. L'eccessiva generalità e astrattezza, seppur accettabile, della ricordata normativa dovrà però scontrarsi sul terreno della praticità applicativa. Dovranno essere identificate le norme antielusive che potrebbero essere penalizzanti. Sarà quindi il contribuente a dover 'descrivere compiutamente' l'operazione indicando le disposizioni normative di cui si chiede la disapplicazione nell'istanza da produrre al direttore generale delle entrate. Sulla civiltà giuridica del principio non si discute. Sulla sua applicabilità è lecito trarre, invero, qualche perplessità.

### *L'avviso di accertamento e le garanzie difensive*

Una prima conseguenza della sensibilità normativa mostrata dal legislatore è data dal fatto che, come dispone il comma 2 dell'art. 37-bis del dpr n. 600 del 1973, l'amministrazione sarà tenuta a effettuare una compensazione tra il tributo applicabile alle operazioni eluse e quelle già pagate per effetto del comportamento inopponibile all'amministrazione. Anzi, laddove tale rettifica non sia apprezzabile in termini economici, potrebbe, addirittura, abbandonare la procedura portante all'ipotizzato disconoscimento. L'avviso di accertamento non può essere emanato se prima il contribuente non è stato messo in condizioni di inviare, per iscritto, i chiarimenti del caso tali da giustificare la presenza della validità delle ragioni economiche alla base dell'operazione ritenuta elusiva. Anzi, tali chiarimenti daranno la stura acchè l'atto impositivo, sul punto, sia 'specificamente' motivato in ordine alle ragioni che hanno

indotto l'ufficio, nonostante la difesa del contribuente, a notificare comunque l'accertamento. Al particolare iter formativo dell'avviso di accertamento, si accompagna, altresì, la specifica disposizione dettata dal comma 6 dell'art. 37-bis del dpr n. 600 del 1973, circa i tempi da rispettare per procedere alla riscossione delle maggiori imposte dovute. L'iscrizione a ruolo non è infatti legata alla notifica dell'atto impugnato, bensì alla sentenza della commissione tributaria provinciale.

*Numero 144, pag. 29 del 20/6/1997*

## Maggiori controlli sui paradisi fiscali

*Nella relazione del Secit per il 1996 presi di mira transfer pricing e operazioni tra controllate.*

*Sotto tiro i rapporti con società di paesi che non collaborano*

L'indeducibilità delle componenti negative del reddito di un'impresa residente per le operazioni effettuate con le società, situata nei cosiddetti paradisi fiscali, andrebbe estesa anche per le transazioni intervenute con paesi che non prestano collaborazione amministrativa. In tal caso, andrebbe comunque fatta salva la prova contraria inerente alla effettività, economicità dell'operazione ricorrendo magari all'utilizzo del ruling.

Passa anche attraverso una corretta determinazione dei cosiddetti prezzi di trasferimento (transfer pricing) la possibilità di contrastare i comportamenti elusivi attuati nell'ambito di transazioni tra soggetti economici appartenenti al medesimo gruppo imprenditoriale.

Sono queste alcune delle riflessioni contenute nella relazione del Servizio degli ispettori tributari (Secit) relativa al 1996. La pressione fiscale attualmente esistente spinge, naturalmente, il contribuente a cercare forme sofisticate di elusione nonostante il sistema stia cercando di eliminare il terreno di caccia. Esempi di tale attività normativa riposano proprio nell'ingabbiamento fiscale dei rapporti con le società residenti in paesi a bassa tassazione e nella regolamentazione dei prezzi di trasferimento concordabili con imprese sottoposte a volontà decisionali 'amiche' o 'vicine'. Si tratta, in verità, di disposizioni di non facile applicazione in quanto intervengono a regolare fattispecie complesse nelle quali sono presenti fattori (mercato, legislazioni ecc.) che non permettono una chiara definizione della problematica fiscale e, quindi, giocano un ruolo negativo per la riuscita del deterrente antielusivo.

## *I Paradisi fiscali*

Il comma 7-bis dell'art. 76 del Tuir ha voluto eliminare, per lo meno nelle intenzioni, il fenomeno con il quale si è soliti intrattenere rapporti commerciali con società residenti nei paesi inclusi nella lista nera di cui al dm 24 aprile 1992. A una fiscalità pressoché inesistente propria di questi ultimi ha fatto da contraltare quella (sensibile) del soggetto residente. A un'intassabilità dei proventi dei primi, ne possono ritrarre un beneficio fiscale i secondi in rapporto alla deducibilità dei componenti negativi dell'operazione attuata. La norma antielusiva sopra ricordata tende, appunto, a stroncare tale fenomeno intercorrente con società residenti in paesi a bassa fiscalità non europei (Andorra, Antille Olandesi, Bahamas, Gibuti, Grenada, Isole del Canale, Liechtenstein ecc.) comunemente considerate di facciata o società 'targa' in quanto non operative.

I componenti negativi derivanti da operazioni del genere sono pertanto da considerarsi indeducibili. Per farlo deve, tuttavia, intercorrere tra i citati soggetti un vincolo stretto di controllo. Trattandosi di una presunzione di tipo non assoluto, contro la stessa è ammessa, come riconferma il Secit, la prova contraria. Il comma 7-ter dell'art. 76 del Tuir, infatti, non censura le operazioni con accertato interesse economico e concretamente eseguite con società estere svolgenti un'effettiva attività commerciale, bensì solo quelle apparenti e prive di utilità. Sennonché, a detta del Secit, non basta aver indirizzato l'indeducibilità dei componenti negativi nelle operazioni intercorrenti con società residenti in paesi a bassa fiscalità. La norma, si dice, deve essere più stringente e allargare la propria operatività con paesi che, 'pur avendo stipulato convenzioni con l'Italia, in effetti non attuano una collaborazione amministrativa'.

## *I prezzi di trasferimento*

Il comma 5 dell'art. 76 del Tuir rappresenta una deroga al principio che rapporta l'operazione commerciale alla volontà delle parti, meglio, al prezzo liberamente convenuto. Per le transazioni intercorrenti infatti con società non residenti facenti parte del medesimo gruppo, deve tornare applicabile, ai componenti di

reddito, il valore normale dei beni ceduti e dei servizi prestati o dei beni e servizi ricevuti. A volte poteva accadere di applicare, con eccessiva liberalità, i prezzi di trasferimento in modo da creare 'sacche' fiscali tra imprese appartenenti allo stesso gruppo. La problematica attiene quindi all'esatta identificazione del valore normale da prendere a base delle transazioni commerciali. Di tali difficoltà se ne ritrova puntuale traccia nella relazione. Si tratta dell'individuazione del mercato rilevante ai fini del controllo del prezzo, della necessità di poter contare su transazioni concernenti prodotti con caratteristiche tali da consentire un effettivo confronto, della corretta valutazione di ogni altra caratteristica della tassazione-campione e dell'esatta misurazione dell'eventuale margine di utile nelle transazioni concernenti le prestazioni di servizi. Il suggerimento avanzato dal Secit, al fine di lenire tali difficoltà (effettivamente esistenti) per ingabbiare con maggior certezza il valore normale disegnato dal comma 3 dell'art 9 del Tuir, è stato quello di ricorrere a strumenti metodologici di analisi quali gli accordi preventivi (Apa) tra le diverse amministrazioni fiscali e i 'Correttive Adjustements'.

*Numero 097, pag. 34 del 25/4/1997*

## **Deduzioni aperte per crediti ceduti**

*La legge 724/94 modifica solo formalmente la norma antielusiva (articolo 10, legge 408/90).*

*Allargato il regime temporale delle perdite sulle operazioni*

La deducibilità delle perdite derivanti dalla cessione di crediti pro-soluto è sostanzialmente ancora consentita.

E' questo quanto ci è dato di capire leggendo la disposizione contenuta nell'art. 28 del disegno di legge contenente la misure di razionalizzazione della finanzia pubblica collegato alla legge finanziaria per il 1995 (legge 724/94 sulla Gazzetta Ufficiale del 30 dicembre).

In esso, modificando la norma contro l'elusione prevista dal comma 1 dell'art. 10 della legge n. 408/1990 si consente, tra l'altro, all'amministrazione finanziaria di disconoscere i vantaggi tributari conseguiti in operazioni di cessione di crediti poste in essere senza valide ragioni economiche allo scopo esclusivo di ottenere fraudolentemente un risparmio d'imposta.

Al di là delle condizioni operative appena viste e che in appresso vedremo (già contenute nel testo originario della normativa appena richiamata), l'attenzione dei contribuenti dovrebbe ulteriormente concentrarsi attorno a un aspetto introdotto all'ultimo momento: l'entrata in vigore.

Il comma 2 dell'art. 21 dell'iniziale provvedimento rendeva operante la citata disposizione antielusiva alle operazioni effettuate successivamente alla data di entrata in vigore della legge definitiva.

Con la conseguenza di rendere ancor più frenetica a ridosso della fine dell'anno appena trascorso l'attività dei contribuenti nei cui bilanci risultano parcheggiati crediti (scaduti) di dubbia esigibilità.

Senonché, in sede di lavori parlamentari, al fine di dare maggiore concretezza alla novella, si era intenzionati a porre come

data ultima quella del 30 settembre 1994 e non più (verosimilmente) il 1/4 gennaio 1995, similmente a quanto avveniva, per esempio, per la neutralità fiscale delle operazioni di fusione.

In sede di stesura definitiva tuttavia il legislatore, a nostro avviso, s'è lasciato prendere la mano andando pure oltre alle originarie intenzioni. L'amministrazione finanziaria potrà infatti disconoscere i vantaggi tributari conseguiti, tra l'altro, mediante la cessione dei crediti allorquando la relativa operazione venga effettuata a decorrere dal periodo d'imposta che 'inizia' successivamente al 30 settembre 1994.

Vale a dire, stando alla literalità della norma e per la generalità dei soggetti, aver salvato tutte le operazioni di specie siccome effettuate durante tutto l'anno 1994 in quanto il relativo periodo d'imposta è iniziato antecedentemente (1/4 gennaio 1994) alla suddetta data del 30 settembre 1994.

Il comma 1 dell'art. 7 del Tuir specifica infatti che l'imposta è dovuta per anni solari a ciascuno dei quali corrisponde un'obbligazione tributaria autonoma. L'inizio è fissato al 1/4 gennaio e termina il 31 dicembre. Solo per i soggetti all'Irpeg il periodo è costituito dall'esercizio o da quello di gestione della società o dell'ente, determinato dalla legge o dall'atto costitutivo. Solo laddove il periodo non sia determinato o lo sia in due o più anni, occorre rapportarsi all'anno solare. Tanto per semplificare, per una società di capitali costituita in data 30 agosto 1993, il primo periodo d'imposta terminerà il 31 dicembre 1994 e il successivo inizierà il giorno seguente per terminare a sua volta il 31 dicembre 1995.

A prescindere da tali rilievi a carattere temporale anche la difficile configurabilità di altri presupposti, più strettamente obiettivi, milita certamente a favore di un'applicazione pressoché residuale della normativa antielusione di cui si discute.

Ci si riferisce in particolare alle condizioni volute dal modificato comma 1 dell'art. 10 della legge n. 408/1990 al fine di disconoscere i vantaggi tributari connessi alle operazioni de quibus:

l'assenza di valide ragioni economiche e la presenza dello scopo esclusivamente proteso a ottenere fraudolentemente un risparmio d'imposta.

In verità, sin dall'entrata in vigore della disposizione s'era presentata abbastanza problematica la sua concreta applicabilità per le fattispecie in allora previste tanto da renderla quasi del tutto inoffensiva.

Al fine di rendere conto di cosa s'intende colpire, sarà utile brevemente rivederne i presupposti.

#### *Le valide ragioni economiche*

La validità è un concetto che deve rapportarsi esclusivamente, a nostro avviso, al momento stesso in cui l'operazione viene attuata e al quale deve coniugarsi, in modo inscindibile, la sua economicità intesa questa in senso di generale convenienza al pari di quella verificabile per le rinunce ai crediti.

Tant'è che il ministero delle finanze, per tale ultima fattispecie la ritenne rinvenibile nel fine pur sempre perseguito di pervenire al maggior risultato economico in guisa da legittimare la dismissione volontaria del credito altrimenti foriero di produrre (maggiori) oneri non recuperabili.

#### *Lo scopo esclusivo*

Le motivazioni che spingono l'imprenditore a effettuare la cessione del proprio credito debbono quindi essere indirizzate 'unicamente' a ottenere, in modo fraudolento, un risparmio d'imposta. Con la conseguenza che uno scopo meramente prevalente non può ritenersi, di per sé, ostativo della deducibilità.

### *La frodolenzā*

Abbiamo giā avuto modo di affermare (ItaliaOggi del 4 ottobre 1994) come la verifica di tale presupposto sia in effetti la piū difficile da dimostrare trattandosi appunto di un'accezione che non si attaglia affatto al diritto tributario. Né puō tornare acconcio il riferimento alla concezione civilistica coniata dall'art. 1344 c.c., il quale ritiene illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa. Deve insomma esistere la doloalit dell'intento nel senso di mettere in atto un'operazione antiggiuridica preordinata a camuffare la realt del fenomeno.

### *Il risparmio d'imposta*

All'apparenza forse potrebbe essere uno dei presupposti con minore spessore identificativo essendo sufficiente verificare i risultati di bilancio altrimenti non comprimibili. Esso tuttavia deve incardinarsi negli altri appena visti (esclusivit dello scopo, assenza di valide ragioni economiche e frodolenzā dell'operazione) e a essi subordinarsi in guisa da posti come l'ovviet dell'effetto conseguente alla liceit delle relative cause.

*Numero 003, pag. 20 del 4/1/1995*