

Non applicabili le sanzioni in caso di comportamenti elusivi

Uso e abuso del diritto: cessione di partecipazioni qualificate e criterio LIFO

di Massimo Conigliaro

La nozione di abuso del diritto, dopo la sentenza della Corte di Giustizia C-255/02 del 21 febbraio 2006 (c.d. sentenza Halifax), è stata elaborata in modo del tutto autonoma dalle ipotesi di frode, richiedendo che le operazioni, pur realmente volute ed immuni da rilievi di validità, devono avere “*essenzialmente lo scopo di ottenere un vantaggio fiscale*”. Come già rilevato¹, tale espressione si mostra del tutto innovativa rispetto a quella della precedente giurisprudenza comunitaria, che faceva riferimento ad operazioni compiute allo scopo esclusivo di ottenere un risparmio fiscale. L’esistenza di una pratica abusiva può essere riconosciuta qualora il perseguimento di un vantaggio fiscale costituisca lo scopo essenziale dell’operazione. Nella

¹ Cfr. M. Conigliaro - L. Licitra, *Uso e abuso del diritto: un caso di donazione immobiliare e sollecita rivendita*, in <http://www.commercialistatelematico.com>. Si veda altresì M. Conigliaro, *Uso e abuso del diritto: la compensazione di plusvalenze emergenti dal contratto di "sale and lease back" e conferimento d’azienda, con perdite pregresse, non realizza una fattispecie elusiva né abuso del diritto*, in <http://www.commercialistatelematico.com>.

motivazione della sentenza la Corte stabilisce che l'abuso può ricorrere anche quando lo scopo di conseguire un vantaggio fiscale sia essenziale, e non esclusivo, con ciò intendendo che non è esclusa l'esistenza dell'abuso quando concorrono altre ragioni economiche.

L'Amministrazione Finanziaria, pertanto, deve dimostrare l'impiego abusivo della norma, attraverso l'individuazione degli aspetti che fanno ritenere l'operazione priva di un reale contenuto economico diverso dal risparmio d'imposta, mentre il soggetto che ha agito utilizzando norme che avrebbero potuto indurlo all'elusione, deve essere in grado di dimostrare l'esistenza di valide ragioni economiche.

Con la sentenza della Corte di Cassazione n. 8772 del 4 aprile 2008 l'ordinamento tributario italiano ha sostanzialmente recepito il principio, già noto in ambito comunitario, dell'abuso del diritto, secondo cui *"non hanno efficacia nei confronti dell'Amministrazione finanziaria quegli atti posti in essere dal contribuente ... che si traducano in operazioni compiute essenzialmente per il conseguimento di un vantaggio fiscale; ed incombe sul contribuente fornire la prova dell'esistenza di ragioni economiche alternative o concorrenti di carattere non meramente marginale o teorico"*.

Nel presente contributo, si analizza la sentenza n. 2 del 25 febbraio 2008 della Commissione Tributaria Regionale della Lombardia che si segnala all'attenzione sotto due distinti profili.

Il caso affronta il problema della valutazione delle plusvalenze realizzate mediante cessione a titolo oneroso di partecipazioni qualificate. La contestazione dell'Amministrazione finanziaria riguarda una società controllata che acquista azioni e successivamente le rivende alla società controllante ad un prezzo considerevolmente inferiore a quello dell'acquisto, realizzando così minusvalenze attraverso l'applicazione del criterio LIFO. La scelta operativa di acquistare prima azioni al prezzo di euro 1,9651 per eseguire poi la vendita alla controllante al prezzo di euro 1,61017 viene considerata dalla D.R.E. Lombardia del tutto priva di alcuna valida ragione economica, e diretta ad «aggirare» l'obbligo di corretta valutazione delle immobilizzazioni finanziarie previsto dall'art. 66 del vecchio T.U.I.R. e di rilevazione delle plusvalenze previsto dall'art. 54 del vecchio T.U.I.R.. I verbalizzanti ritenevano infatti non applicabile anche alle immobilizzazioni finanziarie il criterio specificamente previsto per la valutazione dell'attivo circolante (art. 61 del vecchio T.U.I.R. che regola la valutazione delle rimanenze di magazzino) ed ipotizzavano l'esistenza di una operazione elusiva, ricorrendo le condizioni previste dall'art. 37- *bis* del D.P.R. 29

settembre 1973, n. 600. L'Ufficio faceva propria l'ipotesi elusiva dell'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973 sollevata in sede di processo verbale di constatazione, riteneva la minusvalenza indebitamente dedotta. Tale scelta era ritenuta diretta ad ottenere una riduzione dell'imposta dovuta per l'esercizio 2002. L'assenza di valide ragioni economiche risiedeva – secondo l'ufficio - nel fatto che la cessione è avvenuta ad un prezzo considerevolmente inferiore a quello dell'acquisto fatto appena cinque giorni prima.

La commissione tributaria regionale ha accolto tali argomentazioni, confermando la sentenza di primo grado e ritenendo determinante l'appartenenza delle società al medesimo gruppo economico e, di conseguenza, leggendo l'intera operazione in un contesto unitario di interessi.

La sentenza deve essere segnalata altresì per una interpretazione a dir poco generosa del principio di non punibilità in tema di sanzioni amministrative.

Dopo avere ribadito che l'attribuzione di un prezzo inferiore a quello di acquisto è stata effettuata attraverso il criterio, disposto dal codice civile, di valutazione LIFO delle rimanenze, applicabile a titoli della stessa categoria, la sentenza riconosce che nel caso di specie il criterio è stato utilizzato per categorie di azioni non omogenee (azioni acquistate a prezzo corrente di mercato e azioni vincolate dall'obbligo di cessione ad un prezzo

predeterminato). Tale circostanza porta comunque i giudici a ritenere che sebbene si sia stato fatto un uso abnorme del criterio per conseguire un risparmio d'imposta, non è stata specificamente violata (ma soltanto aggirata) alcuna norma di legge. Per tale ragioni confermano la disapplicazione di sanzioni concessa in primo grado.

Tale pronuncia è stata oggetto, sul punto, di contrastanti opinioni. Alla considerazione che le norme di legge, in questo caso, siano state oggetto di violazione vera e propria² – e non di elusione – si contrappone chi sostiene che la fattispecie posta in essere è legittimamente soggetta al prelievo impositivo se e nella misura in cui la norma impositiva aggirata sia estendibile alla fattispecie

elusiva posta in essere per il tramite dell'operatività delle clausole generali antielusive. Altrimenti detto, l'estensione dell'operatività della norma impositiva alla fattispecie elusiva richiede l'intervento della clausola antielusiva e dunque il prelievo tributario trova fondamento in una fattispecie normativa complessa data dalla norma impositiva e dalla clausola antielusiva. E' da chiedersi se, in questa prospettiva, la non punibilità del comportamento elusivo non discenda più banalmente dall'assenza di una norma che specificamente sanzioni la violazione di una simile fattispecie

2

V. Esposito, *L'elusione tra valide ragioni economiche e comportamenti alternativi ed ipotetici*, in *Corriere Tributario* n. 29/2009, pp. 2391 e ss..

complessa (13) e se, dunque, non vada al cuore della questione la Suprema Corte di Cassazione (n. 12042/2009) laddove ha ritenuto fondata la domanda di disapplicazione delle sanzioni formulata dalla parte contribuente giustificandola «in presenza di obiettive condizioni di incertezza sulla portata della norma sanzionatoria, nel cui ambito di applicazione è riconducibile la violazione di un principio generale come l'abuso di diritto»³.

9 marzo 2010

Massimo Conigliaro

3

L. Castaldi, *Punibilità del comportamento elusivo*, in *Corriere Tributario* n. 29/2009, pp. 2391 e ss..

ALLEGATO

Il testo della sentenza

Commissione tributaria regionale Lombardia, Sez. XVII, Sent. 25 febbraio 2008 (14 gennaio 2008), n. 2 - Pres. Brignoli - Rel. Subani (stralcio)

Svolgimento del processo

I fatti

La W.L.G., società di diritto germanico, si obbligava ad acquistare dalla società controllata W.I.F. s.p.a., che a sua volta si obbligava a cederle n. 50.639.000 azioni della B.C. s.p.a. che la W.I.F. s.p.a. stava per acquisire mediante sottoscrizione di una quota di aumento del capitale sociale deliberato dalla B.C. I rispettivi obblighi venivano formalizzati mediante lettera-accordo di data 5 luglio 1999 indirizzata alla W.I.F. s.p.a.; all'art. 5 degli accordi, in particolare, era prevista una speciale formula per la determinazione del prezzo di cessione; era anche stato concordato che la cessione dovesse avvenire il 30 settembre 2002, ovvero, anticipatamente, alle date del 30 settembre 2000 o del 30 settembre 2001. Il consiglio di amministrazione della W.I. in data 2 luglio 1999 aveva deliberato la sottoscrizione delle 50.639.000 ed aveva anche deciso di attribuire all'acquisto, sotto il profilo della modalità di iscrizione in bilancio, la funzione di portafoglio «non immobilizzato». L'acquisto veniva poi eseguito nell'agosto 1999, al prezzo di euro 1,5952 per azione. Va anche aggiunto che in data 15 luglio 1999 la stessa società aveva stipulato con la B.C. s.p.a. un accordo di collaborazione in determinati settori dell'attività bancaria.

Successivamente, nell'ambito di una ristrutturazione del gruppo in cui si prevedeva, tra l'altro, l'intensificazione del rapporto di collaborazione con la B.C., il consiglio di amministrazione della W.I. in data 21 marzo 2002, deliberava di acquistare dalla fondazione C.R.G.I. ulteriori n. 17.598.000 azioni della stessa B.C., previo ottenimento dell'autorizzazione della Banca d'Italia, resasi necessaria in conseguenza del superamento, per effetto del secondo acquisto, della quota del 5% del capitale C. (infatti, il

primo acquisto rappresentava il 4,96% del capitale C., costituito da azioni quotate al mercato MTA della Borsa italiana).

L'autorizzazione venne rilasciata in data 13 maggio 2002. Nel verbale della predetta riunione del consiglio di amministrazione veniva inoltre evidenziato che nel bilancio chiuso al 31 dicembre 2001 la partecipazione C. era stata collocata tra le immobilizzazioni e non più nel circolante, stante la mutata strategia dell'investimento, ora ritenuto durevole. L'acquisto della seconda tranche veniva perfezionato in data 25 settembre 2002 al prezzo corrente di mercato di euro 1,9651 per azione. In data 30 settembre la W.I. cedeva alla controllante W.L.G. le 50.639.000 azioni al prezzo di euro 1,6192, prezzo determinato con l'applicazione della formula prevista nell'accordo del 5 luglio 1999.

La verifica, l'accertamento e la fase processuale

A seguito di una verifica fiscale, ordinata dalla DRE Lombardia nei confronti della società appellante, veniva redatto processo verbale di constatazione nel quale si rilevava che la società verificata aveva imputato a conto economico nell'esercizio 2002 una minusvalenza di euro 5.296.925, determinatasi in conseguenza dell'applicazione del criterio LIFO (last in first out) alla cessione di n. 50.639.000 azioni, considerando nel raffronto anche il pacchetto acquistato per ultimo (n. 17.598.000). (Omissis)

I verbalizzanti ritenevano infatti non applicabile anche alle immobilizzazioni finanziarie il criterio specificamente previsto per la valutazione dell'attivo circolante (art. 61 del vecchio T.U.I.R. che regola la valutazione delle rimanenze di magazzino) ed ipotizzavano l'esistenza di una operazione elusiva, ricorrendo le condizioni previste dall'art. 37-bis del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600.

L'Ufficio faceva propria l'ipotesi elusiva dell'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973 sollevata in sede di processo verbale di constatazione, riteneva la minusvalenza indebitamente dedotta ed includeva nel reddito la plusvalenza come sopra determinata. (Omissis)

L'Ufficio, ritenuto che le ragioni addotte dalla società non sciogliessero i dubbi sull'operazione, emetteva avviso di accertamento affermando:

– che le operazioni del 25 e del 30 settembre 2002 di acquisto e, rispettivamente, vendita, le quali avevano generato la minusvalenza, erano prive di una valida ragione economica,

– che l'insieme degli atti 1) spostamento della partecipazione dell'attivo circolante alle immobilizzazioni, 2) acquisto del secondo pacchetto azionario, 3) valutazione secondo il criterio LIFO a scatti, 4) iscrizione della minusvalenza nel bilancio al 31 dicembre 2002, erano stati posti in essere al solo scopo di ottenere una riduzione d'imposta,

– che le suddette operazioni tendevano ad aggirare l'obbligo previsto dell'ordinamento tributario di dichiarare la plusvalenza,

– che dette operazioni erano perciò «in opponibili» all'Amministrazione finanziaria, ai sensi dell'art. 37-bis, primo, secondo e terzo comma, lett. f), del D.P.R. n. 600/1973, (Omissis)

La W.I. presentava ricorso nel quale chiedeva in via principale l'annullamento dell'avviso di accertamento e, in subordine, la non applicazione delle sanzioni (Omissis).

La Commissione tributaria provinciale con la sentenza impugnata rigettava la domanda principale mentre accoglieva la subordinata. (Omissis)

La W.I. impugna la sentenza con appello nel quale puntualmente contraddice tutti gli specifici aspetti esposti in sentenza a sostegno della decisione (Omissis).

In particolare l'appellante, a sostegno della propria tesi tendente a dimostrare la sostanziale assenza di risparmio d'imposta, ripropone l'argomento secondo cui le operazioni poste in essere hanno, in definitiva, determinato l'iscrizione della partecipazione residua ad un minor costo, cosa che ha poi fatto emergere plusvalenze negli esercizi successivi; e di ciò dà contezza allegando un prospetto. (Omissis).

Motivi della decisione

(Omissis) occorre in primo luogo avere ben presente che la cessione del 30 settembre 2002 e l'accordo di vendita a termine sono avvenuti tra soggetti appartenenti allo stesso gruppo economico, circostanza, questa, particolarmente importante.

Con riferimento alla cronistoria degli atti posti in essere, si deve peraltro riconoscere che la deliberazione del consiglio di amministrazione di spostare la prima tranche di partecipazione

dell'attivo circolante all'attivo immobilizzato non sembra rientrare nel disegno inteso a conseguire un risparmio d'imposta (Omissis).

Vi osta, oltre che l'obiettivo necessità di prestare ossequio alle direttive cogenti in ambito bancario, il dichiarato intento strategico del gruppo societario di iniziare e poi intensificare rapporti di collaborazione con la B.C., intento che ha poi condotto alla stipula di accordi di collaborazione. Ciò di per sé è più che sufficiente a giustificare il carattere duraturo dell'investimento e la iscrizione nell'attivo immobilizzato.

Ma è proprio in tale ottica che appare fuori luogo l'argomento introdotto dalla ricorrente secondo la quale, qualora la partecipazione fosse rimasta nel circolante, l'effetto economico conclusivo sull'esercizio 2002 sarebbe stato sostanzialmente identico.

O meglio, ciò è vero ed è pacificamente dimostrato dai dati presenti in atti, ed è vero che il conto economico, in tale ipotesi, sarebbe stato influenzato da un componente negativo di uguale entità.

Ma un simile ragionamento è del tutto fuori causa perché la controversia riguarda partecipazioni iscritte nell'attivo immobilizzato, da cui la legge fa conseguire taluni effetti fiscali; essendo questa la situazione di fatto, certamente non vale discutere degli effetti che sarebbero eventualmente scaturiti da un diverso comportamento contabile.

Allo stesso modo non ha pregio il motivo d'appello costituito dalla considerazione che le imposte sulla plusvalenza sono state implicitamente applicate all'atto delle cessioni fatte in esercizi successivi.

Non può porsi sullo stesso piano il vantaggio d'imposta effettivo ed immediato conseguito nell'esercizio 2002 con un gravame d'imposta che, nel 2002, era soltanto potenziale o, meglio, eventuale.

Tutto ciò premesso, a giudizio di questo Collegio il punto focale va ricercato nelle modalità con cui

sono state effettuate le seguenti tre operazioni:

1) acquisto della prima tranche ed accordo con la seconda controllante per la vendita a termine a

prezzo predeterminato,

2) acquisto del secondo pacchetto azionario,

3) cessione alla controllante del primo pacchetto.

Se l'obbiettivo del gruppo (insindacabile ai fini fiscali, ma che va considerato al solo fine di valutare le modalità con cui ciascuna operazione è stata posta in essere) era quello di conseguire la proprietà di n. 50.639.000 azioni C. in capo alla capogruppo e di n. 17.598.000 in capo alla W.I., tale intento, in linea generale, poteva essere raggiunto mediante uno dei seguenti percorsi:

a) acquisto di n. 17.589.000 azioni da parte della società controllante direttamente dalla F.C. (modalità suggerita dall'Ufficio) ed acquisto dalla W.I. di n. 33.041.000 e non di tutto il pacchetto di n. 50.639.000, cosa, questa, possibile dato che l'accordo di acquisto a termine è infragruppo e quindi ben poteva essere modificato con una espressione di volontà proveniente, sostanzialmente, dallo stesso soggetto,

b) acquisto dalla W.I. alla data (termine) del 30 settembre 2002 e, dopo tale data, acquisto da parte di W.I. delle n. 17.589.000,

c) acquisto da parte di W.I. del pacchetto di n. 17.589.000 in data antecedente al termine del 30 settembre 2002.

Anche trascurando l'ipotesi sub a) e limitandosi ad esaminare le due opzioni sub b) e c) appare evidente che nel caso b) (Omissis) l'effetto contabile sarebbe stato esattamente uguale a quello indicato dall'Ufficio. Invece la società W.I. ha scelto il percorso sub c) ed ha deciso di acquistare prima, al maggior prezzo di mercato, la tranche di n. 17.598.000, prima cioè di dare esecuzione alla vendita a termine pattuita con la propria controllante, raggiungendo in tal modo l'obiettivo strategico prefissato, ma anche rilevando in conto economico la perdita e conseguendo un vantaggio fiscale per effetto dell'imputazione della minusvalenza e della non rilevazione della plusvalenza. Non è trascurabile, infatti, la circostanza che il prezzo di vendita delle azioni alla controllante fosse ormai ben noto alla data di acquisto della seconda tranche, in base ai termini prefissati dall'accordo.

Al riguardo il Collegio osserva che:

a) la scelta operativa di acquistare prima azioni al prezzo di euro 1,9651 per eseguire poi la vendita alla controllante al prezzo di euro 1,61017 appare del tutto priva di alcuna valida ragione economica,

b) la scelta operativa adottata appare invece diretta ad «aggirare» l'obbligo di corretta valutazione delle immobilizzazioni finanziarie previsto dall'art. 66 del vecchio T.U.I.R. e di rilevazione delle plusvalenze previsto dall'art. 54 del vecchio T.U.I.R.,

c) tale scelta era evidentemente diretta ad ottenere una riduzione dell'imposta dovuta per l'esercizio 2002.

Risultano in tal modo verificate tutte le condizioni richieste dall'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973.

L'assenza di valide ragioni economiche risiede di per sé nel fatto che la cessione è avvenuta ad un prezzo considerevolmente inferiore a quello dell'acquisto fatto appena cinque giorni prima; ma è soprattutto la scelta della data di acquisto della seconda tranche, possibile già a partire dal 13 maggio 2002, data dell'autorizzazione concessa dalla Banca d'Italia, che non è coerente con le affermazioni dell'appellante.

È evidente che, non trattandosi di operazione eseguita nell'ambito di una attività di trading, soggetta, questa, alle sollecitazioni di un tempestivo adeguamento agli sbalzi di Borsa, bensì di un acquisto fatto nell'ottica di un investimento durevole, l'acquisto del secondo pacchetto ben poteva essere eseguito anche dopo il 30 settembre. In tale ipotesi non sarebbe emersa la minusvalenza di euro 5.296.925 e sarebbe stata invece rilevata la plusvalenza di euro 1.211.634. È così che l'unico motivo della scelta di percorso appare essere quello di conseguire un risparmio d'imposta.

L'aggiramento della norma sulle valutazioni dei titoli immobilizzati è stato compiuto, a parere del Collegio, dalla società in quanto ha ritenuto «fungibile» il secondo pacchetto azionario con quello acquistato per primo. È vero che il criterio di valutazione LIFO delle rimanenze è, in linea generale, applicabile a titoli della stessa categoria (nel caso in esame azioni della B.C.), ma nel caso di specie la «sostituzione» tra i due acquisti (prevista dal metodo LIFO) è avvenuta tra una parte della prima tranche (n. 17.598.000 azioni), vincolata dal contratto di vendita a termine, e la seconda tranche acquistata al

prezzo di mercato pochi giorni prima della cessione. In altri termini, le azioni acquistate a prezzo corrente di mercato non appartengono alla stessa categoria di quelle, pur della stessa specie, ma vincolate dall'obbligo di cessione ad un prezzo predeterminato. Confidando invece sulla indiscriminata applicabilità del criterio LIFO la società W. ha acquistato la seconda tranche in data di poco antecedente quella stabilita per la cessione, cessione avvenuta al prezzo noto, inferiore a quello di acquisto del secondo pacchetto.

A tale proposito appare opportuno richiamare la sentenza 17 luglio 1997 della Corte di giustizia CE (causa C-28/95) secondo la quale gli indizi di elusività assumono netta rilevanza in presenza di scelte che siano determinate nell'ambito di gruppo e possa fondatamente ipotizzarsi contiguità temporale e interdipendenza logica delle operazioni.

Infatti, soltanto ragionando in un'ottica di gruppo societario l'appellante può affermare che l'acquisto al prezzo unitario di euro 1,9651 e la vendita pochi giorni dopo al prezzo di euro 1,61017 siano operazioni assistite da una valida ragione economica.

Inoltre non può sfuggire che anche il principio contabile n. 20 (invocato dalla ricorrente) nel trattare della valutazione di titoli «a pronti contro termine» mette in guardia dal porre in essere comportamenti elusivi in presenza di tali operazioni; (Omissis).

Per tutto quanto precede questo Collegio ritiene di dover condividere, anche se con motivazioni diversamente articolate, le conclusioni cui è pervenuto il Collegio di primo grado circa la sussistenza dell'intento elusivo nelle operazioni poste in essere dalla W.I. Ne consegue la «inopponibilità» dei relativi negozi giuridici agli effetti fiscali.

Allo stesso modo il Collegio ritiene di condividere le conclusioni del primo giudice circa l'inapplicabilità delle sanzioni.

Infatti l'elusione consiste in un risparmio fiscale conseguito «abusando» di uno strumento giuridico, essa presuppone quindi il compimento di atti effettivamente voluti dalle parti, ma realizzati mediante un «percorso» anomalo, nell'intento di aggirare norme fiscali e così conseguire un risparmio d'imposta. L'elusione è quindi fenomeno ben diverso

dall'evasione, con la quale si persegue sempre un risparmio d'imposta, ma realizzato con la diretta violazione di specifiche norme fiscali. Queste considerazioni, a parere di questo Collegio, sono in linea con l'intento del legislatore allorquando ha tolto dall'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973 l'avverbio «fraudolentemente», presente nella previgente formulazione della norma, il che conduceva ad una lettura marcatamente «penalistica» della norma stessa.

Da tutto ciò consegue che il rinvio, contenuto nel sesto comma dell'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973 all'art. 68 del D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 472 circa il pagamento di tributi e sanzioni costituisce un mero riferimento all'automatica e generale applicazione di sanzioni in presenza di un maggior reddito accertato, ma non per questo è stata introdotta alcuna specifica norma che sanziona il comportamento elusivo.

Pertanto va ribadito che nel caso in esame l'art. 66 del vecchio T.U.I.R. e gli altri articoli correlati (art. 61 e art. 54, nonché gli articoli ai quali dette norme fanno rinvio) non sono stati violati, bensì è

stato fatto un uso abnorme del criterio di valutazione LIFO, adottando una tempistica delle operazioni di acquisto/cessione tale da conseguire un risparmio d'imposta che poteva anche apparire lecito.

Assodato che nel caso in questione non è stata specificamente violata (ma soltanto aggirata) alcuna norma di legge, non può essere irrogata alcuna sanzione. (Omissis).

P.Q.M.

La Commissione conferma l'impugnata sentenza. Spese compensate.