

## ABUSO DEL DIRITTO: SI CAMBIA?

di **Roberta De Marchi**

Con sentenza n. 1372 del 21 gennaio 2011 (udienza del 29 settembre 2010) la Corte di Cassazione è tornata sull'argomento "*abuso del diritto*" per offrire una nuova ed interessante chiave di lettura.

### **Il fatto**

L'ufficio delle entrate di Tivoli notificava avviso di accertamento per oltre lire 2 miliardi e 300 milioni, riprendendo a tassazione interessi passivi su prestiti da terzi, coi quali era stato finanziato l'intero capitale di B. nell'ambito di una operazione di ristrutturazione infragruppo.

L'ufficio sosteneva la natura elusiva dell'operazione, da un lato in quanto volta all'abbattimento del reddito attraverso l'assunzione dei relativi costi dall'altro perché lo stesso risultato poteva essere ottenuto mediante fusione tra le due società, soggetta a più onerosa tassazione. Riteneva, pertanto, applicabile l'art. 10 della legge n. 408/90.

### **Il giudizio di primo grado**

La società impugnava l'accertamento, sostenendo che la predetta norma non era applicabile e che, comunque, si trattava di operazione avente valide ragioni economiche, essendo finalizzata a razionalizzare le strutture produttive del gruppo. La commissione tributaria provinciale di Roma, accoglieva parzialmente il ricorso, ritenendo che nella specie si poneva soltanto un problema di *transfer price* sulla determinazione del valore normale di acquisto del capitale sociale (art. 76 t.u.i.r.) in relazione al quale l'ufficio non aveva mosso contestazioni. Confermava, però, l'accertamento per la ripresa della voce perdita fiscale generata da precedente esercizio.

### **Il giudizio di secondo grado**

Avverso tale sentenza, la società proponeva atto di appello che la commissione tributaria regionale respingeva. Veniva, altresì, respinto l'appello incidentale dell'ufficio.

### **Il giudizio di Cassazione**

Avverso tale sentenza l'A. Italia s.p.a. ha proposto ricorso per cassazione, al quale hanno resistito il Ministero dell'Economia e delle Finanze e l'Agenzia delle Entrate. Questi ultimi hanno, a loro volta proposto ricorso incidentale, cui ha resistito la A. con controricorso.

### **I Motivi della decisione**

Per i giudici di Cassazione, *“il carattere non sindacabile dell'operazione straordinaria in contestazione non può, infatti, fondarsi esclusivamente, come hanno ritenuto i giudici di merito, sulla non riconducibilità alle ipotesi di cui all'art. 10 della legge n. 408 del 1990, considerate di stretta interpretazione. La soluzione del problema deve essere, invece, ricercata nell'applicazione del principio dell'abuso del diritto, operante anche, secondo una consolidata giurisprudenza della Corte, nell'ordinamento nazionale anche nel campo dell'imposizione diretta, e riferibile anche ad operazioni distinte e collegate tra loro, ove compiute al principale scopo di realizzare un risparmio fiscale. Sono, pertanto, irrilevanti le considerazioni svolte, sull'applicabilità al caso di specie dell'art. 10”*.

Per la Suprema Corte, *“si considerano aventi carattere abusivo, e che possono, quindi, esseri disconosciute dall'amministrazione finanziaria, quelle pratiche che, pur formalmente rispettose del diritto interno o comunitario, siano poste in essere al principale scopo di ottenere benefici fiscali contrastanti con la ratio delle norme che introducono il tributo o prevedano esenzioni o agevolazioni. In altri termini, il carattere abusivo è escluso soltanto dalla presenza di valide ragioni extra fiscali. Si è, così, ritenuta formata una clausola generale antielusiva (analoga alla General Anti Avoidance Rule GAAR, degli ordinamenti di common law), di matrice comunitaria per quanto attiene ai c.d. tributi armonizzati (i.v.a., accise, diritti doganali) a partire dalla sentenza in causa C - 255/02, Halifax, e costituzionali secondo Sez. Un. 30005 e 30007/08 - per i tributi non attribuiti alla*

*competenza degli organi comunitari, quali le imposte dirette, per i quali trae origine dall'art. 53 Cost.”*

Il rango comunitario o costituzionale del principio ne comporta - secondo una costante giurisprudenza - l'obbligo di applicazione d'ufficio anche nel giudizio di legittimità.

La Cassazione richiama il principio affermato dalla Corte di Giustizia nella sentenza 21 febbraio 2008 in causa C - 425/06, *Part Service* (pronunciata a seguito di rinvio pregiudiziale di questa Corte con ordinanza n. 21371/06), secondo cui la presenza di ragioni economiche marginali o non determinanti non esclude il carattere abusivo dell'operazione. *“Deve, pertanto disattendersi la tesi sostenuta dalla società nel controricorso, secondo cui lo scopo di risparmio fiscale - perché l'operazione sia ritenuta abusiva - deve essere esclusivo”*.

Premesso ciò, la Corte ha inteso verificare se la complessa operazione di cui si discute avesse un determinante scopo di risparmio fiscale, e se in relazione a tale presupposto i giudici di merito abbiano correttamente applicato le regole che governano il riparto dell'onere probatorio.

*“Per entrambi i settori impositivi, infatti, la giurisprudenza di questa Corte ha affermato che incombe all'amministrazione finanziaria l'onere di spiegare, anche nell'atto impositivo, perché la forma giuridica (o il complesso di forme giuridiche) impiegata abbia carattere anomalo e inadeguato rispetto all'operazione economica intrapresa, mentre è onere del contribuente provare l'esistenza di un contenuto economico dell'operazione diverso dal mero risparmio fiscale. Tale regime, che nell'ordinamento comunitario è imposto dal principio di proporzionalità (sentenza della Corte di Giustizia 17 luglio 1997 in causa C - 28/95, A. Leur Bloem), nel sistema italiano costituisce applicazione dei principi di libertà d'impresa e di iniziativa economica (art. 42 Cost.). oltre che della piena tutela giurisdizionale del contribuente (art. 24 Cost.)”*.

Precisa la Corte che *“l'applicazione del principio deve essere guidata da una particolare cautela, essendo necessario trovare una giusta linea di confine tra pianificazione fiscale eccessivamente aggressiva e libertà di scelta delle forme giuridiche, soprattutto quando si tratta di attività d'impresa”*.

Esigenza sempre più sentita nei tempi recenti, ove si assiste ad un uso sempre più disinvolto dei c.d. *tax sellers*, e quindi ad una ricerca, comune a tutte le esperienze giuridiche, di individuare adeguate forme di contrasto, anche all'infuori di una

codificazione della clausola generale anti abuso, come è avvenuto in Germania e, di recente, negli U.S.A.

La Corte rileva, inoltre, che la cautela che deve guidare l'applicazione del principio, qualunque sia la sua matrice, deve essere massima quando non si tratti di operazioni finanziarie (come avviene nei casi di *dividend washing* e di *dividend stripping*), di artificioso frazionamento di contratti o di anomala interposizione di stretti congiunti, ma di ristrutturazioni societarie, soprattutto quando le stesse avvengono nell'ambito di grandi gruppi d'impres.

Occorre, infatti, considerare che la strategia sul mercato dei gruppi di imprese non può essere valutata come quella dell'imprenditore singolo, cioè non deve essere finalizzata al conseguimento di una redditività in tempi brevi. Tale regola è stata enunciata dalla Commissione Europea nella sua comunicazione del 1984 e più volte condivisa dalla Corte di Giustizia (a partire dalle sentenze 14 novembre 1984 in causa 323/82, *Intermillis* e 10 luglio 1986 in causa 2342/84, *Belgio c. Commissione*) in materia di aiuti di Stato nelle imprese pubbliche, allo scopo di definire il comportamento dell'investitore in economia di mercato che, se è un gruppo d'impres, può essere guidato, nel fornire misure di sostegno alle imprese del gruppo, da criteri non coincidenti con la redditività immediata della misura, per cui la stessa non può considerarsi aiuto incompatibile col mercato comune.

La regola dell'investitore di gruppo è stata applicata da questa Corte in alcune decisioni (n. 10062/2000 e 1133/2001), con le quali è stata riconosciuta la deducibilità di costi generali addebitati a partecipate o stabili organizzazioni italiane da società madri non residenti, anche se le dette strutture non producevano ricavi.

### **Il Principio**

*“Trasferendo la regola alla problematica dell'abuso del diritto, nella quale si tratta pur sempre di verificare se l'operazione rientra in una normale logica di mercato, si deve affermare che il carattere abusivo deve essere escluso per la compresenza, non marginale, di ragioni extra fiscali che non si identificano necessariamente in una redditività immediata dell'operazione ma possono essere anche di natura meramente organizzativa, e consistere in miglioramento strutturale e funzionale dell'impresa. Tale è la regola emergente dal sistema sul modello comunitario, che prende in considerazione soltanto il contenuto oggettivo dell'operazione, a differenza di altri ordinamenti”.*

Proprio la recente riforma U.S.A. già richiamata prevede che, per essere riconosciuta dal fisco, un'operazione deve avere, non solo «*sostanza economica*», ma anche «*un fine di profitto (o business purpose)*».

L'esercizio di libertà e di diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione e dal Trattato sull'Unione Europea, non può essere limitato per ragioni fiscali. In particolare, il diritto di stabilimento (la cui fonte, all'epoca dei fatti, era l'art. 43 del Trattato CE), comporta, secondo una consolidata giurisprudenza della Corte comunitaria a partire dalla sentenza *Avoir fiscal* (causa 270/83 *Commissione c. Francia*) una libertà di scelta delle forme societarie, sia pure dettata da ragioni esclusivamente fiscali. Nella sentenza 9 marzo 1999 in causa C - 212/97, *Centros*, la Corte di Giustizia è giunta a negare il carattere abusivo della collocazione della sede di una società in uno Stato esclusivamente perché ivi è prevista una regolamentazione giuridica più favorevole, anche se non viene ivi svolta alcuna attività d'impresa.

Orbene, nel caso di specie, la stessa amministrazione finanziaria non sostiene il carattere artificioso della complessa operazione, ma soltanto che lo stesso risultato poteva essere conseguito attraverso una diversa formula organizzativa, e precisamente una fusione, invece che attraverso il trasferimento del pacchetto azionario di Bi. contro l'assunzione di rilevanti impegni economici per il finanziamento dell'operazione e conseguente riduzione del carico fiscale.

Non vengono neppure contestati, dall'amministrazione finanziaria le necessità organizzative che miravano ad una gestione unitaria del settore.

Infine, l'ufficio non spiega perché la forma giuridica impiegata sia inusuale o inadeguata all'operazione economica.

### **Il principio**

*“ Il sindacato dell'amministrazione finanziaria non può spingersi ad imporre una misura di ristrutturazione diversa tra quelle giuridicamente possibili (e cioè una fusione) solo perché tale misura avrebbe comportato un maggior carico fiscale. In particolare, non può essere considerata abusiva la scelta di mantenere in piedi un distinto soggetto giuridico, invece di dar luogo alla creazione di un unico soggetto, in quanto, tale scelta non appare artificiosa, né come tale poteva considerarsi soltanto perché comportava un maggiore risparmio fiscale”.*

### **Brevi riflessioni**

Per costante giurisprudenza di Cassazione, l'ordinamento tributario è informato al principio fondamentale, che trae fonte dall'ordinamento comunitario e dal disposto dell'art. 53 della Costituzione in relazione alla capacità contributiva, per il quale non è ammissibile l'utilizzo di strumenti giuridici, negoziali e - più in generale - dei mezzi accordati dall'autonomia privata e dalla libertà d'iniziativa economica (parimenti di rilevanza costituzionale ex art. 41) con lo scopo di conseguire risparmi d'imposta altrimenti non ottenibili od indebiti.

Pertanto, anche nella sentenza che si annota, trova ancora una volta conferma il generale principio dell'abuso del diritto.

Pur tuttavia, nel caso in questione, rispetto alle precedenti pronunce sul tema dell'abuso del diritto, la Corte *vieta* il sindacato dell'amministrazione finanziaria per quelle operazioni societarie comunque lecite: il fisco, cioè, non può imporre una misura di ristrutturazione diversa tra quelle giuridicamente possibili, solo perché tale misura avrebbe comportato un maggior carico fiscale.

Nell'operazione in esame, ad di là dei vantaggi fiscali ottenuti, c'è una logica aziendale che non può essere disconosciuta e la presenza di tali ragioni economiche non marginali o determinanti esclude il carattere abusivo dell'operazione.

8 febbraio 2011

Roberta De Marchi