

Il commercialista telematico

Normativa antielusione: estensione delle ipotesi applicative dell'art. 37-bis, D.P.R. 600/1973

di Fabio Carriolo

Nel contesto dei comportamenti che sono soggetti alle attività di controllo dell'Amministrazione, l'elusione fiscale – intesa in senso lato – rappresenta un fenomeno da considerare con particolare attenzione, perché, manifestandosi attraverso azioni in tutto e per tutto lecite per il diritto positivo, essa comporta notevoli ambiguità e difficoltà interpretative.

Estranea agli espedienti “grezzi”, a volte concepiti come “necessitati”, dell'evasione fiscale, l'elusione si presenta come un fenomeno a sé stante solamente nell'elaborazione normativa e nella prassi interpretativa ed operativa degli uffici e della G.d.F, oltre che nei pareri del Comitato consultivo: per i soggetti coinvolti, invece, si tratta di pianificazione fiscale (nel senso che, evidentemente, chi progetta e pone in essere l'operazione elusiva non concepisce la stessa come una “violazione” alle disposizioni tributarie).

Si colga, d'altronde, la “tenuità” giuridica di un fenomeno che può essere oggettivato solo a cura dell'Amministrazione, la quale ha il potere di “disconoscere” gli effetti fiscalmente vantaggiosi di un comportamento coordinato la cui sequenza è improntata alla più rigorosa legittimità formale.

La disposizione antielusiva generale

A seguito di un pluriennale dibattito sulla materia, è stato introdotto nell'ordinamento italiano l'art. 37-bis del D.P.R. 600/1973, come norma antielusiva “a vocazione generale”.

Ciò nonostante, l'elusione è contrastata più efficacemente attraverso norme specifiche, in base alle quali (come in materia di CFC, di *transfer pricing*, o, recentemente, di esteroinvestizione societaria) sono poste presunzioni legali di “utilizzo a fini distorsivi” di determinate possibilità teoricamente offerte dall'ordinamento; in forza di tali normative, il contribuente deve fornire la prova della “non elusività” dell'operazione, instaurando a tal fine un rapporto con l'Amministrazione.

L'art. 37-bis, integrato dall'art. 2, co. 1, lett. e), del D.Lgs. 12.12.2003, n. 344, limita i propri effetti al solo comparto delle imposte sui redditi e a determinate operazioni, e vede la sua natura e le sue finalità fortemente mutate in considerazione della scomparsa del regime sostitutivo dell'imposizione sui dividendi (tradizionale oggetto di “arbitraggi fiscali”), nonché dell'espressa esclusione da “presunzioni elusive” dei conferimenti di aziende seguiti dalla cessione delle partecipazioni ricevute in cambio per fruire del regime di esenzione (art. 176, co. 3, del D.P.R. 917/1986)¹.

Elusione ed evasione

La delimitazione del “territorio” dell'elusione richiede una previa distinzione da nozioni (apparentemente) analoghe, che però operano con presupposti e modalità completamente differenti, prima fra tutte quella di “evasione fiscale”.

Le attività “evasive” sono caratterizzate dalle seguenti condizioni:

- sono posti in essere comportamenti sostanzialmente e formalmente illegittimi;
- il contribuente, pur in presenza del presupposto d'imposta, si sottrae agli obblighi tributari;

¹ Tale possibilità, che consente di evitare la tassazione ordinariamente derivante dal trasferimento dell'azienda, può infatti generare dubbi di ordine sistematico, poiché anche per il trasferimento delle partecipazioni che avvenisse in altre forme fiscalmente neutrali (ad esempio, mediante una previa scissione parziale o una fusione) si potrebbe “esigere”, a parità di condizioni, lo stesso trattamento. Nel contesto della “*pex*” limitata, a seguito delle modificazioni apportate dal legislatore nel 2005, tali regole rimangono valide, ma – evidentemente – si registra una “compressione” del beneficio fiscale ricevuto.

Il commercialista telematico

- vi sono conseguenze sanzionatorie – amministrative e penali (nei casi più rilevanti);
- i presupposti delle violazioni si sono già verificati;
- il controllo è successivo, e si attua mediante gli ordinari strumenti di accertamento.

Lo schema evasivo è sempre illegittimo (ovvero contrastante con norme di diritto positivo), investendo:

- questioni di diritto;
- (o) questioni di fatto; attraverso comportamenti che, rispetto a quelli che caratterizzano l'elusione, appaiono "primitivi".

Gli strumenti tipici dell'evasione sono:

- l'impiego di irregolarità e artifici contabili;
- l'omissione delle dichiarazioni obbligatorie ai fini delle imposte sul reddito e sul valore aggiunto.

L'elusione fiscale si caratterizza invece per la presenza dei seguenti elementi necessari:

- intenzionalità delle operazioni poste in essere (atti, fatti, negozi);
- anormalità e/o artificiosità del comportamento;
- effetti del comportamento stesso, che deve produrre un risparmio d'imposta non previsto o non consentito dal Legislatore.

Comportamenti elusivi

Per rientrare nell'ambito applicativo dell'articolo 37 – bis, l'operazione posta in essere dev'essere elusiva nel suo complesso, mentre non sembra richiesto che, in presenza di un "procedimento elusivo" costituito da una molteplicità di atti, siano proprio quelli elencati nel comma 3 a produrre il risultato elusivo o a essere privi di valide ragioni economiche.

L'intento elusivo perseguito dal contribuente può essere individuato:

- in una serie di atti la cui sequenza appaia anomala in relazione al risultato economico cui essi sono stati preordinati, o caratterizzata dall'assenza di una qualsiasi plausibile ragione "non fiscale" della loro concatenazione ;
- nella sussistenza di un'interdipendenza funzionale tra le singole operazioni che, apparentemente autonome e casuali nella loro successione, perseguono nella sostanza uno scopo unitario.

L'interpello antielusivo

Il diritto di interpello "speciale" previsto dall'art. 21 della legge 30.12.1991 n. 413 nasce come procedimento amministrativo mediante il quale il contribuente può richiedere, in via preventiva, un parere all'Amministrazione sulla corretta "qualificazione fiscale" di situazioni di fatto prospettate, per raggiungere una soluzione consensuale e non oppositiva.

L'istituto ha avuto concreta applicazione solo a seguito dell'emanazione:

- del D.M. 13.6.1997 n. 194, disciplinante l'organizzazione interna, il funzionamento e le dotazioni finanziarie del Comitato consultivo;
- del D.M. 13.6.1997 n. 195, disciplinante i termini e le modalità da osservare per l'invio delle richieste di parere e la comunicazione dei pareri stessi al contribuente.

Nel quadro dell'interpello antielusivo, la richiesta di parere deve riguardare l'applicazione, ai casi concreti rappresentati dal contribuente delle disposizioni relative :

Il commercialista telematico

- all'interposizione soggettiva (art. 37, co. 3, D.P.R. 600/1973);
- all'elusione (art. 37-bis, D.P.R. 600/1973);
- alla qualificazione di determinate spese tra quelle di pubblicità o di rappresentanza.

Il parere reso dal Comitato consultivo ha efficacia esclusivamente ai fini e nell'ambito del rapporto tributario; nell'eventualità di una successiva fase contenziosa, l'onere della prova grava in capo alla parte - contribuente o ufficio - che non si è uniformata al parere del comitato.

Accertamento in base all'art. 37-bis

Se il contribuente non intraprende la strada – preventiva – dell'interpello speciale antielusivo, ovvero non si conforma all'orientamento dell'Amministrazione (Comitato consultivo od Agenzia delle Entrate), l'ufficio fiscale competente per territorio può procedere per l'accertamento, ma è tenuto - a pena di nullità dell'atto impositivo - ad inoltrare una preventiva richiesta di chiarimenti al contribuente con l'esatta indicazione dei motivi per cui si reputino applicabili le disposizioni dell'art. 37-bis.

L'avviso di accertamento, a pena di nullità, deve recare una “supermotivazione” che tenga espressamente conto delle giustificazioni fornite dal contribuente: in tale contesto, il “contraddittorio” appare finalizzato ad evitare la proliferazione di contenzioso relativo a fattispecie quantomai incerte.

L'interpello disapplicativo

Le norme antielusive specifiche, attraverso le quali il legislatore intende precludere l'utilizzo “malizioso” delle disposizioni tributarie, possono tradursi in notevoli svantaggi rispetto alla generalità dei contribuenti, a prescindere dalle intenzioni degli stessi o dagli esiti concretamente elusivi dei comportamenti possibili.

Allo scopo di non penalizzare coloro che dovessero trovarsi nella condizione di porre in essere secondo buona fede il comportamento “sospetto”, e che fossero nella condizione di comprovare la propria estraneità ad intenti elusivi, è stato approntato lo strumento dell'interpello “disapplicativo”, di cui all'art. 37-bis, co. 8, D.P.R. 600/1973 (regolamentato dal D.M. 19.6.1998, n. 259).

Si tratta di uno strumento finalizzato alla produzione di “riscontri”, che, anticipando la fase dell'accertamento (e dunque senza gravare i contribuenti con notifiche di atti potenzialmente vincolanti, iscrizioni provvisorie a ruolo, etc.), l'Amministrazione può valutare per escludere – nel caso specifico – l'applicazione di una norma restrittiva.

L'introduzione di nuove disposizioni in funzione antielusiva specifica ha determinato, in epoca recente, l'ampliamento della gamma delle ipotesi di applicazione di tale forma di interpello.

L'art. 37-bis post-riforma fiscale

Nel testo in vigore a decorrere dall'1.1.2004, risultante dopo le modifiche introdotte dall'articolo 2 del D.Lgs. 12.12.2003, n. 344, le operazioni che risultano inopponibili all'Amministrazione, se ritenute “elusive” mediante l'applicazione degli immutati criteri di valutazione, accolgono anche:

- le classificazioni di bilancio, se aventi a oggetto i beni e i rapporti generatori di plusvalenze (nuova lettera f) del co. 3);
- le cessioni di beni effettuate tra i soggetti ammessi al regime della tassazione di gruppo (nuova lettera f-bis del co. 3).

Nel primo caso, va tenuto presente che la disciplina della “*participation exemption*”, di cui all'art. 87 del TUIR, impone, tra le condizioni cui è subordinata l'esenzione fiscale delle plusvalenze su partecipazioni, l'iscrizione delle stesse nella categoria delle immobilizzazioni finanziarie. Al contrario, la possibilità di dare rilevanza fiscale alle minusvalenze realizzate soggiace all'iscrizione delle partecipazioni nell'attivo circolante.

Relativamente alle cessioni di beni tra i partecipanti al consolidato nazionale, il riscontro puntuale si rinviene nell'art. 123, co. 1, del Testo Unico, ove tali cessioni tra società che hanno esercitato l'opzione prevista (art. 117, co. 1), se riguardanti cespiti diversi da quelli produttivi di ricavi (art. 85) o di plusvalenze esenti (art. 87),

Il commercialista telematico

possono avvenire in regime di continuità dei valori fiscali riconosciuti su opzione congiunta della cedente e della cessionaria:

- risultante dal relativo contratto stipulato in forma scritta;
- a condizione che dalla dichiarazione dei redditi del consolidato (art. 122) risulti la differenza tra il valore di libro e il valore fiscalmente riconosciuto del bene.

Si deve comunque trattare di beni plusvalenti privi dei requisiti imposti dall'art. 87 per ottenere il particolare regime di esenzione ivi previsto, e perciò di:

- immobilizzazioni materiali e immateriali (beni strumentali);
- partecipazioni che non sono:
 - ininterrottamente possedute da 18 mesi² prima della cessione;
 - classificate tra le immobilizzazioni finanziarie;
 - relative a una partecipata situata in Stati o territori non-“*black list*”;
 - relative a una partecipata che esercita attività commerciale.

A fronte della sparizione del regime di imposizione sostitutiva di cui al D.Lgs. 358/1997, i plusvalori per i quali l'Amministrazione dovesse decidere il recupero a imposizione nell'ambito di fattispecie elusive riscontrate in sede di consolidamento degli imponibili *ex art. 117* verrebbero assoggettati a tassazione ordinaria.

Nella sostanza, le nuove previsioni antielusive inserite dal D.Lgs. 344/2003 intendono prevenire tutte le situazioni nelle quali:

- possono essere aggirati i vincoli posti dal Legislatore in tema di “*pex*”, per effetto dei quali la cessione in esenzione delle partecipazioni, fatti salvi gli altri requisiti, prevede l'iscrizione contabile delle stesse tra le immobilizzazioni finanziarie nel primo bilancio chiuso nel periodo di possesso (art. 87, co. 1, lett. b), del TUIR);
- i beni che contengono plusvalenze latenti, circolanti in esenzione all'interno del consolidato fiscale, possono essere trasferiti all'esterno dello stesso senza che le plusvalenze siano sottoposte a imposizione.

Nel primo caso, evidentemente, ciò che si intende contrastare è non tanto un semplice accesso “surrettizio” al regime di esenzione, bensì la possibilità di fruire sia del trattamento ordinario, in presenza di minusvalenze deducibili, sia – contemporaneamente – di quello speciale, procurandosi l'esenzione fiscale delle plusvalenze³.

² Si rammenta che, per effetto del D.L. 30.9.2005, n. 203, convertito, con modificazioni, dalla L. 2.12.2005, n. 248 (c.d. «collegato fiscale» alla Legge Finanziaria 2006), la «*participation exemption*» è stata modificata nei seguenti termini:

- la percentuale di esenzione è stata quindi ridotta (dall'originario 100%) al 91% a partire dall'entrata in vigore della legge di conversione, e all'84% a decorrere dal 2007;
- con decorrenza 4.10.2005, il periodo minimo di possesso ininterrotto necessario («*minimum holding period*») è stato portato a 18 mesi tra l'acquisizione e la cessione, mentre le minusvalenze rimangono interamente indeducibili;
- le relative minusvalenze divengono però indeducibili con il decorso di 12 mesi dall'acquisizione, in presenza degli altri requisiti di cui all'art. 87 del Testo Unico;
- ai fini del calcolo del *pro-rata* patrimoniale (art. 97, TUIR), il possesso di partecipazioni «esenti» continua a rilevare per l'intero importo.

³ Si tratta comunque di un risultato che – allo stato – sembrerebbe ottenibile attraverso una semplice catena partecipativa, non aggredibile di per sé mediante il sindacato antielusivo. Infatti, se la società A detiene una partecipazione nella società B, la quale a sua volta partecipa al capitale di C, A potrà iscrivere la partecipazione in B tra le immobilizzazioni finanziarie, mentre B potrà iscrivere la partecipazione in C nell'attivo circolante. Se A è una *holding*, le attività operative possono far capo a C (art. 87, co. 5). In tale situazione, se la cessione è suscettibile di produrre minusvalenze, potrebbe essere ceduta la partecipazione di B in C, sicché vi sarebbe pieno diritto alla deduzione dei componenti negativi; al contrario, se la cessione

Il commercialista telematico

Nel secondo caso, si intende invece evitare che il regime di neutralità delle cessioni infragruppo possa estendersi oltre l'area del consolidato, procurando a terzi un vantaggio non previsto e disapprovato dall'ordinamento.

Si rammenta anche che, ai sensi dell'art. 123, co. 2, del TUIR, le perdite fiscali relativi ai periodi d'imposta anteriori rispetto all'ingresso nel consolidato fiscale non possono essere utilizzate per compensare le plusvalenze realizzate dal cessionario con la successiva cessione o il successivo conferimento dei beni trasferiti secondo il regime di neutralità fiscale infragruppo, salvo che non venga accolta una specifica istanza per la disapplicazione di norme antielusive, ai sensi dell'art. 37-bis, co. 8, del D.P.R. 600/1973⁴.

Trasferimenti neutrali infragruppo e interpello disapplicativo

Come è noto, uno dei vantaggi generati dall'adesione al regime della tassazione di gruppo (artt. 117-129 del TUIR) è rappresentato dalla possibilità di effettuare delle cessioni di beni, diversi da quelli produttivi di ricavi o di plusvalenze esenti, all'interno della "fiscal unit", in regime di neutralità fiscale, ovvero senza emersione di plus o minusvalenze, il cui realizzo è differito all'eventuale fuoriuscita dei beni stessi dal consolidato.

Dato che una delle maggiori preoccupazioni (in termini antielusivi) del legislatore, relativamente all'istituto del consolidato fiscale, era di inibire l'ingresso, nel perimetro di consolidamento, e il conseguente utilizzo, di perdite "extra-consolidato" (anteriori all'opzione od esterne alla "fiscal unit"), occorre prevedere adeguate contromisure.

Si è quindi previsto che, salvo l'eventuale accoglimento – da parte del competente direttore regionale dell'Agenzia delle Entrate - di un'istanza di interpello disapplicativo, le perdite fiscali degli esercizi anteriori all'esercizio dell'opzione non possono essere utilizzate per compensare le plusvalenze realizzate dal cessionario con la successiva cessione o il successivo conferimento dei beni trasferiti secondo il regime di neutralità fiscale.

Un'ulteriore modifica, introdotta dal D.Lgs. n. 247/2005, riguarda il regime di neutralità per i trasferimenti infragruppo in regime di neutralità fiscale, di cui all'art. 123 del TUIR.

Nel nuovo co. 2-bis è stabilito, in particolare, che le perdite fiscali relative ad esercizi anteriori all'inizio della tassazione di gruppo non possono essere utilizzate per compensare le plusvalenze realizzate dal cedente a seguito del trasferimento dei beni effettuato secondo il regime di neutralità fiscale.

Come spiegato dalla relazione governativa, tale intervento normativo si è reso necessario come correttivo al sistema e non come norma antielusiva (ragione per cui non viene riproposta la formulazione dell'art. 123, co. 2, del TUIR, nella parte in cui si prevedeva la possibilità di presentare l'istanza di cui all'articolo 37-bis, co. 8, del D.P.R. n. 600/1973).

Occorre considerare che il cedente che realizza la plusvalenza in regime di neutralità non opera la variazione in diminuzione nella propria dichiarazione dei redditi, in quanto la plusvalenza viene "azzerata" dal soggetto consolidante attraverso le rettifiche di consolidamento, nella dichiarazione del reddito complessivo globale.

Se, quindi, il cedente dispone di perdite pregresse ante-consolidato (utilizzabili solo a riduzione del proprio reddito imponibile), tali perdite, in assenza della disposizione introdotta con il D.Lgs. 247/2005, sarebbero risultate compensabili anche con la plusvalenza realizzata, ed il cedente avrebbe potuto trasferire al consolidante un reddito che, di fatto, era già diminuito dell'importo della plusvalenza utilizzata a compensazione delle perdite pregresse. Il consolidante, quindi, avrebbe operato a propria volta una variazione in diminuzione⁵.

è suscettibile di produrre plusvalenze, potrebbe essere ceduta la partecipazione di A in B, ammessa al regime di esenzione. A parità di risultato economico, il risultato fiscale potrebbe dunque cambiare radicalmente.

⁴ Sulle novità della riforma fiscale in materia di antielusione, si rinvia anche a F. Carriolo, «Il D.Lgs. n. 344/2003 riscrive le regole sull'elusione fiscale», Il Fisco n. 7/2004, pag. 1-942.

⁵ Cfr. Studio «Deotto & Associati» (a cura di), «Correttivo IRES: modifiche alla tassazione di gruppo», in Pratica fiscale e professionale n. 1/2006, pag. 28. L'articolo riprende, nella sostanza, le precisazioni contenute nella relazione illustrativa del "correttivo".

Il commercialista telematico

Prestazioni di servizi nel consolidato fiscale

Un'ulteriore modifica che interessa il regime del consolidato è quella contenuta all'art. 18, co. 2, del D.Lgs. n. 247/2005. Tale norma, intervenendo a modificare l'articolo 37-bis, co. 3, lett. f-bis), del D.P.R. n. 600/1973, prevede l'inserimento, tra le potenziali operazioni elusive, anche di quelle che riguardano le prestazioni di servizi effettuate tra soggetti ammessi alla tassazione di gruppo. La disposizione previgente faceva, invece, riferimento soltanto alle cessioni di beni intervenute tra i predetti soggetti⁶.

Nella circolare Assonime 9.12.2005, n. 65, è stato affermato che *«le ipotesi di elusione che la norma intende colpire – vuoi con riguardo alle cessioni di beni che alle prestazioni di servizi – attengono principalmente al cosiddetto refreshing delle perdite precedenti all'attivazione del regime di consolidamento delle quali, (...), è negata la circolabilità all'interno del consolidato (...). Il fenomeno, in effetti, può verificarsi, oltre che nei casi di cessione in regime di neutralità dell'art. 123 del TUIR, (...), anche nelle operazioni onerose attraverso una pianificazione dei corrispettivi»*.

A tale proposito, la nota 20 della circolare espone i seguenti casi ipotetici:

- società A che trasferisce un bene (o effettua una prestazione di servizi) nei confronti di B, altra società del gruppo, ad un prezzo inferiore a quello di mercato, sicché B (dotata di perdite pregresse) può cedere il bene a terzi imputando interamente a sé la relativa plusvalenza che compensa con le perdite pregresse;
- società A (dotata di perdite pregresse) che cede alla società B un bene (o effettua una prestazione di servizi) ad un prezzo superiore a quello di mercato (per sfruttare in compensazione le perdite pregresse), consentendo a B di dedurre maggiori costi;
- società A (dotata di perdite pregresse) che cede alla società B un bene ad un prezzo effettivamente di mercato per realizzare una plusvalenza (compensabile con le proprie perdite pregresse) e dare così a B un bene rivalutato.

Dividendi e royalties

Il D.Lgs. 30.5.2005, n. 143, ha recepito nell'ordinamento italiano la Direttiva 2003/49/CE, concernente il regime fiscale applicabile ai pagamenti di interessi e di canoni tra società consociate di Stati membri diversi.

Secondo quanto è stato precisato dall'Agenzia delle Entrate con la propria circolare 2.11.2005, n. 47/E (par. 3), *“al fine di impedire possibili abusi, l'art. 5, paragr. 1, della Direttiva prevede che si rendono applicabili le disposizioni nazionali o convenzionali necessarie per impedire frodi o abusi”*.

“Il successivo paragr. 2 prevede, inoltre, che nel caso di transazioni aventi come obiettivo principale, anche se non esclusivo, l'evasione o l'elusione fiscale, o comunque abusi, gli Stati membri possono revocare il beneficio derivante dalla mancata applicazione della ritenuta (o dalla sua applicazione in misura ridotta) ovvero rifiutare l'applicazione delle disposizioni comunitarie”.

Su tali basi, il legislatore italiano, con l'art. 1, co. 1, lett. b), del decreto legislativo, ha incluso tra le operazioni “a rischio di elusione” di cui all'art. 37-bis del D.P.R. 600/1973 anche i pagamenti di interessi e canoni di cui all'art. 26-quater, se effettuati a soggetti direttamente o indirettamente controllati da uno o più soggetti non residenti in uno Stato UE.

Ciò consente all'Amministrazione di disconoscere, in presenza dei presupposti previsti dalla legge, il regime di esenzione per gli interessi e i canoni pagati a soggetti che, direttamente o indirettamente, sono controllati da uno o più soggetti extra-UE allo scopo di beneficiare delle disposizioni stesse.

La medesima circolare 47/E/2005 aggiunge che i contribuenti possono interpellare preventivamente l'Amministrazione in merito all'eventuale elusività fiscale dell'operazione progettata, secondo le ordinarie regole dell'interpello antielusivo ex art. 21, L. 30.12.1991, n. 413.

⁶ Cfr. Studio «Deotto & Associati» (a cura di), *ivi*.

Il commercialista telematico

Dividend washing

La riforma fiscale del 2004, con l'introduzione del regime della *participation exemption*, ha fornito al *dividend washing* delle possibilità inedite.

Nel contesto *post-riforma* (e anteriore rispetto agli interventi normativi del 2005), era opportuno evitare l'“incasso” congiunto dell'esenzione per le plusvalenze e della deduzione per le minusvalenze o, in ogni caso, l'utilizzo del regime “*pex*” per fabbricare, in capo all'“avente causa” della cessione, dei componenti reddituali negativi fiscalmente deducibili.

Ciò risponde a una preoccupazione che ha indotto il Legislatore, ad esempio, ad escludere la deducibilità degli interessi passivi correlati all'acquisto di partecipazioni “esenti”, attraverso il *pro-rata* previsto dall'art. 97 del TUIR

In sintesi, la possibile condotta elusiva connessa al possesso di partecipazioni aventi i requisiti per l'esenzione prevedeva la seguente sequenza di azioni:

1. la società A cede alla società B una partecipazione “esente”, il cui valore fiscalmente riconosciuto è pari a 1000: la relativa plusvalenza (nell'originaria configurazione della “*pex*”) è sottratta ad ogni obbligo impositivo;
2. la società B incassa il dividendo, pari a 500, cede la partecipazione alla società C e rileva una minusvalenza deducibile di 500 (infatti, per essa la partecipazione non possiede i requisiti della “*pex*”): la tassazione sul dividendo è limitata al 5% dell'ammontare, ovvero a 25.

I vantaggi fiscali ottenuti sono i seguenti:

- società A: detassazione della plusvalenza, secondo le ordinarie regole “*pex*”;
- società B: creazione di un componente reddituale negativo di 500, a fronte di un'imposizione molto tenue sul dividendo percepito. Il vantaggio in termini di minori imposte è pari a 156,75.

Per contrastare simili operazioni, l'art. 5-*quinquies*, D.L. 203/2005, ha introdotto delle specifiche norme di contrasto alle operazioni realizzative generatrici di componenti negativi potenzialmente deducibili nella determinazione del reddito d'impresa del socio.

In particolare, i nuovi commi 3-*bis* e 3-*ter* dell'art. 109, D.P.R. 917/1986, prevedono l'indeducibilità, in determinate circostanze, delle minusvalenze realizzate sulle azioni, quote e strumenti finanziari simili alle azioni che non sono in possesso dei requisiti di cui all'art. 87, nonché – se si tratta del realizzo di partecipazioni e strumenti finanziari simili iscritti nell'attivo circolante – delle differenze negative tra i ricavi e i relativi costi.

Secondo la nuova normativa, tali componenti negativi non rilevano “*fino a concorrenza dell'importo non imponibile dei dividendi, ovvero dei loro acconti, percepiti nei trentasei mesi precedenti il realizzo*”, con riferimento alle minusvalenze e alle differenze negative su azioni, quote e strumenti finanziari simili acquisite nei 36 mesi precedenti il realizzo, se posseggono i soli requisiti oggettivi per l'esenzione (art. 87, co. 1, lettere c) e d), D.P.R. 917/1986): commercialità prevalente e residenza in Stato o territorio non – “*black list*”.

Le norme introdotte, decorrenti dall'1.1.2006 (a norma dell'art. 5-*quinquies*, co. 2, D.L. 203/2005), come illustrato nel par. 3.1.1 della circolare Assonime 21.4.2006, n. 13, contrastano le operazioni consistenti nel realizzo di minusvalenze (o di differenze negative) deducibili a fronte di dividendi esclusi (ora al 95%) dalla base imponibile *ex art.* 89, D.P.R. 917/1986, ovvero nell'acquisto di partecipazioni “utili compresi”, seguito dallo stacco della cedola e dalla successiva cessione dei titoli a prezzi più bassi di quelli di acquisto⁷.

⁷ Le nuove disposizioni prevedono previsto l'obbligo di comunicazione all'Agenzia delle Entrate dei dati e delle notizie necessari a consentire l'accertamento a norma dell'art. 37-*bis*, D.P.R. 600/1973, delle operazioni da cui derivano le predette minusvalenze e differenze negative. Sono destinatari del nuovo adempimento i soci che detengono le partecipazioni nell'esercizio di imprese e che realizzano dalla cessione minusvalenze o differenziali negativi rilevanti di ammontare superiore ad € 50.000,00.

L'omessa, incompleta o infedele, comunicazione comporta l'indeducibilità delle minusvalenze o delle differenze negative; l'indicazione dei dati e delle notizie da comunicare è demandata a un apposito provvedimento del direttore dell'Agenzia delle Entrate.

Il commercialista telematico

Secondo quanto affermato dall'Assonime nella predetta circolare, la buona fede del contribuente potrebbe essere dimostrata attraverso l'interpello disapplicativo previsto dall'art. 37-bis, co. 8, D.P.R. 600/1973, anche per provare (ad esempio) che i componenti negativi derivanti dal realizzo delle partecipazioni non sono causati dalle distribuzioni di dividendi avvenute nei 36 mesi precedenti, ma sono la conseguenza di una perdita effettiva subita dalla partecipata.

È infatti stabilito dalla norma (art. 5-quinquies, co. 3-quater) che resta ferma l'applicazione dell'art. 37-bis del decreto sull'accertamento; ciò ha indotto l'Assonime ad affermare che, da un lato, può essere riconosciuta ai contribuenti la facoltà di azionare l'interpello disapplicativo, rivolto al competente direttore regionale dell'Agenzia delle Entrate, ma anche che il Fisco risulta legittimato ad utilizzare la norma antielusiva a portata generale, disconoscendo gli effetti tributari anche relativamente ad *“operazioni del tipo di quelle riguardate dal regime del dividend washing che, eventualmente, non presentino tutte le caratteristiche per subire gli effetti limitativi di questo regime”*.

Secondo l'Agenzia delle Entrate, che si è espressa con la propria circolare 14.6.2006, n. 21/E, la clausola antielusiva generale può trovare applicazione relativamente:

- alle minusvalenze (e alle differenze negative) da realizzo che dovessero residuare all'applicazione della norma anti - *dividend washing*, in quanto eccedenti l'ammontare dei dividendi esenti percepiti nei 36 mesi antecedenti la cessione;
- alle minusvalenze (e alle differenze negative) relative a cessioni effettuate prima dell'1.1.2006;
- in tutti i casi in cui, pur non trovando applicazione la norma specifica sul *dividend washing*, la complessiva operazione risultasse comunque *“censurabile”* ai sensi dell'art. 37-bis⁸.

L'Assonime è nuovamente intervenuta sull'argomento con la propria circolare del 27.6.2006, n. 28, nella quale – in estrema sintesi – è affermato che:

- la disciplina anti - *dividend washing* *“non appare del tutto congrua nella parte in cui correla la misura dell'ineducibilità della minusvalenza (o differenza negativa) realizzata dall'acquirente”* non all'ammontare della plusvalenza *“esente”* emergente in capo al dante causa, bensì a quello del dividendo escluso da imposizione;
- occorrerebbe escludere la ricorrenza dell'*“arbitraggio”* vietato dalla norma in presenza di partecipazioni non qualificate cedute da persone fisiche non imprenditori, soggette all'imposta sostitutiva del 12,50%.

Esterovestizione

Il fenomeno in esame è stato affrontato dall'art. 35, commi 13 e 14, D.L. 223/2006, che ha aggiunto all'art. 73 del TUIR, i seguenti nuovi commi:

- co. 5-bis, per effetto del quale, fatta salva ogni prova contraria, la sede dell'amministrazione di un soggetto (società od ente) è ritenuto esistente nel territorio dello Stato se esso detiene partecipazioni di controllo – nei termini, molto vasti, di cui all'art. 2359, co. 1, c.c. - in società di capitali, società cooperative e di mutua assicurazione residenti nel territorio dello Stato, nonché in enti commerciali, pubblici e privati, diversi dalle società, anch'essi residenti nel territorio dello Stato, purché sussista anche una sola delle seguenti condizioni:
- controllo - anche indiretto - delle società detentrici le partecipazioni, ai sensi del predetto art. 2359, co. 1, c.c., da parte di soggetti residenti nel territorio dello Stato;
- consiglio di amministrazione (o equivalente organo gestorio) delle società detentrici formato in prevalenza da consiglieri residenti nel territorio dello Stato;

⁸ Da quanto appare, la norma antielusiva generale funziona quale ulteriore «paletto» normativo, utile ad inibire i comportamenti «maliziosi» dei contribuenti che intendessero aggirare i nuovi vincoli posti dal D.L. 203/2005.

Il commercialista telematico

- co. 5-ter, il quale aggiunge che, per determinare la sussistenza del controllo rilevante, occorre considerare la situazione esistente alla data di chiusura dell'esercizio o del periodo di gestione del soggetto estero controllato. Se il controllo è operato direttamente tramite persone fisiche, rilevano anche i voti spettanti ai familiari indicati dall'art. 5, co. 5, D.P.R. 917/1986.

Tacitamente derogando all'art. 3, L. 27.7.2000, n. 212, il co. 14 dell'art. 35 stabilisce che le nuove disposizioni anti-esterovestizione acquistino efficacia a decorrere dal periodo d'imposta in corso alla data di entrata in vigore del decreto (4.7.2006), ovvero, per la generalità dei soggetti "solari", dall'1.1.2006.

Attraverso l'inversione dell'onere probatorio, saranno le società "esterovestite", e non più l'Amministrazione, a dover dimostrare la loro effettiva residenza all'estero.

Con la circolare 4.8.2006, n. 28/E, l'Agenzia delle Entrate ha fornito i primi indispensabili chiarimenti sulle innovazioni introdotte dalla "manovra fiscale" d'estate.

In relazione alle norme anti-esterovestizione, in particolare, la pronuncia di prassi ha evidenziato che la scelta del legislatore si situa nel solco della risalente (ma tuttora valida) sentenza della Corte di Cassazione 22.1.1958, n. 136, secondo la quale la sede effettiva di una società dev'essere individuata nel luogo in cui la stessa "...svolge la sua prevalente attività direttiva ed amministrativa per l'esercizio dell'impresa", e quindi nel "centro effettivo dei suoi interessi, dove la società vive ed opera, dove si trattano gli affari e dove i diversi fattori dell'impresa vengono organizzati e coordinati per l'esplicazione ed il raggiungimento dei fini sociali".

È altresì evidenziato che "gli elementi di collegamento con il territorio dello Stato individuati dalla norma sono astrattamente idonei a sorreggere la presunzione di esistenza nel territorio dello Stato della sede dell'amministrazione delle società in esame. Si tratta, infatti, di elementi già valorizzati nella esperienza interpretativa e applicativa, sia a livello internazionale che nazionale. Essi si ispirano sia a criteri di individuazione dell'«effective place of management and control» elaborati in sede OCSE, sia ad alcuni indirizzi giurisprudenziali".

La nuova norma si pone quindi come strumento di contrasto alle pratiche elusive, orientato alla prevalenza della sostanza sulla forma ("substance over form").

È poi precisato che la norma si rende applicabile anche nelle ipotesi in cui tra i soggetti residenti controllanti e controllati si interpongano più *sub-holding* estere: la presunzione di residenza in Italia della società estera che direttamente controlla una società italiana renderà infatti operativa la presunzione anche per la società estera inserita nell'anello immediatamente superiore della catena societaria, la quale si troverà a controllare direttamente la *sub-holding* estera, considerata residente in Italia⁹.

Le nuove disposizioni intendono colpire i fenomeni di esterovestizione nei quali appare un legame particolarmente evidente e continuativo con l'Italia, ma non escludono – secondo l'Agenzia delle Entrate - che gli uffici possano "dedurre", "assumendosene l'onere", ulteriori ipotesi di esterovestizione societaria (ovvero considerare fiscalmente residenti in Italia delle società che sono formalmente "estere").

Sotto il profilo degli effetti, è precisato – al par. 8.2 della circolare – che il soggetto estero "italianizzato" sarà soggetto a "tutti gli obblighi strumentali e sostanziali che l'ordinamento prevede per le società e gli enti residenti"; ad esempio, con riguardo al regime di imponibilità (o di esenzione limitata) per le plusvalenze da cessione di partecipazioni (artt. 86 e 87 del TUIR), alle ritenute sui pagamenti di interessi, dividendi e *royalties* corrisposti a non residenti o sui pagamenti di interessi e *royalties* corrisposti a soggetti residenti fuori del regime di impresa, nonché al concorso al reddito in misura pari al 100% del loro ammontare degli utili di partecipazione provenienti da società residenti in Stati o territori a fiscalità privilegiata.

Gli stessi soggetti non dovranno invece subire ritenute sui flussi di dividendi, interessi e *royalties* in uscita dall'Italia e potranno scomputare in sede di dichiarazione annuale le ritenute eventualmente subite nel periodo d'imposta per il quale sono da considerare residenti, anche se originariamente operate a titolo d'imposta.

⁹ In tal modo, evidentemente, risulta difficile sfuggire alla presunzione di residenza semplicemente allungando la catena partecipativa: basterà infatti appurare il controllo «italiano» sulla società operativa (ultimo anello della catena), e tutte le società interposte si «italianizzeranno».

Il commercialista telematico

Pur non trattandosi di un'ipotesi prevista nell'ambito del "compendio normativo" antielusivo dell'art. 37-bis, è evidente la sua finalità di contrasto ad alcune forme di elusione fiscale internazionale; una "criticità" della normativa anti-esterovestizione, tuttavia, è ravvisabile proprio nella mancanza di un interpello specifico, utile a fornire la prova contraria richiesta.

Diversamente, infatti, da quanto accade per le società estere controllate o collegate (CFC), o per la deducibilità dei costi esteri, la dimostrazione utile a provocare la disapplicazione della norma è possibile solamente in sede di controllo fiscale (controllo che, atteso che il soggetto "controllato" è formalmente estero, potrebbe risultare arduo, a causa delle difficoltà connesse alla necessità di attivare un'eventuale azione inter-amministrativa tra Stati e territori diversi, soprattutto se si tratta di giurisdizioni extra-UE).

Società non operative

L'art. 35, co. 15, del decreto modifica il regime delle c.d. "società di comodo", di cui all'art. 30, L. 23.12.1994, n. 724.

Come si evince dalla relazione di accompagnamento, le modifiche apportate dalla "manovra" d'estate hanno la finalità di rendere più efficaci le disposizioni che contrastano l'attività delle società non operative. A tal fine, sono stati effettuati i seguenti interventi:

innalzamento delle percentuali utilizzate per stabilire se una società possa rientrare nel novero delle società non operative;

innalzamento delle percentuali utilizzate per stabilire l'entità del reddito minimo che deve essere obbligatoriamente dichiarato dalle società non operative;

impossibilità di chiedere a rimborso, cedere o utilizzare in compensazione l'IVA a credito risultante dalla dichiarazione. Lo stesso credito, inoltre, in assenza, per 3 periodi d'imposta consecutivi, di operazioni attive rilevanti ai fini IVA, non può più essere riportato in avanti;

possibilità di chiedere, al direttore regionale dell'Agenzia delle Entrate, ai sensi dell'art. 37-bis, co. 8, D.P.R. 600/1973, la disapplicazione delle norme in commento se il contribuente evidenzia situazioni straordinarie che di fatto hanno reso impossibile il conseguimento dei parametri e degli obiettivi previsti.

Va ricondotta in tale ambito anche la causa di esclusione collegata all'esistenza di un periodo di non normale svolgimento dell'attività, che, in assenza della modifica in commento, avrebbe operato in modo automatico in quanto ricompresa tra le cause di esclusione previste dal previgente art. 30.

A norma dell'art. 35, co. 1, D.L. 223/2006, convertito dalla L. 248/2006, tali disposizioni si applicano a decorrere dal periodo d'imposta in corso alla data di entrata in vigore del decreto stesso¹⁰.

¹⁰ Relativamente alla possibilità di attivare la procedura dell'interpello disapplicativo, ciò sembrerebbe significare che la proposizione dell'istanza ai fini della produzione della prova contraria si rende possibile a decorrere dall'inizio del periodo d'imposta in corso il 4.7.2006.