

Alcune ipotesi elusive oggetto di pareri dell'Agenzia delle Entrate

di Fabio Carriolo

Aspetti generali

L'elusione fiscale rappresenta per le amministrazioni finanziarie 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.

Oltre all'elusione «codificata» - che si impernia sull'art. 37-*bis* del D.P.R. 600/1973 e riguarda soprattutto le operazioni straordinarie di impresa -, la giurisprudenza ha enucleato in epoca recente il concetto dell'abuso del diritto tributario, in base al quale sono ritenuti censurabili i comportamenti comunque intesi ad aggirare le norme giuridiche al fine di ottenere un vantaggio fiscale indebito.

Si osserva a tale riguardo che la norma antielusiva sopra richiamata offre ai contribuenti alcune specifiche tutele rispetto all'azione del fisco, che invece non sono presenti nel contesto della giurisprudenza anti-abuso (accertamento supermotivato, contraddittorio specifico, possibilità di interpello *ex art.* 21 della L. n. 413/1991).

La problematica viene di seguito esaminata guardando alle pronunce del soppresso «comitato antielusivo», nonché alle risoluzioni emanate dall'Agenzia delle Entrate riguardo alle questioni elusive sollevate su operazioni di fusione e scissione. Si tratta di una «prassi ufficiale» che promana dagli interpelli proposti dai contribuenti, talora «generalizzati» per fornire indicazioni generali.

È tuttavia opportuno avvisare che sia l'interpello che il controllo sono necessariamente guidati da un approccio «*case by case*»; pertanto, la qualificazione di un'operazione come elusiva o non elusiva può derivare solamente da un esame specifico del caso (anche se i pareri dell'amministrazione possono valere quali orientamenti).

L'elusione codificata

Per rientrare nell'alveo dell'art. 37-*bis* del D.P.R. 600/1973, l'operazione posta in essere deve essere elusiva nel suo complesso, mentre non sembra richiesto che, in presenza di un «comportamento elusivo» costituito da una molteplicità di atti, siano proprio quelli indicati dalla norma a produrre il risultato elusivo o a essere privi di valide ragioni economiche.

In linea generale, 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.

Il richiamato art. 37-*bis* non opera come una norma antielusiva a tutto campo, ponendosi piuttosto a presidio di una serie di operazioni e comportamenti potenzialmente «sospetti», non in sé e per sé, ma in quanto siano combinati con altri, al fine di utilizzare le lacune del sistema tributario producendo il risparmio d'imposta non previsto dal legislatore.

Concettualmente l'articolo in esame si «sdoppia», prevedendo, accanto alle previsioni antielusive riferite soprattutto alle operazioni di ristrutturazione aziendale (fusioni, scissioni, etc.), la possibilità di attivare una procedura di disapplicazione per le norme antielusive specifiche disseminate nei testi

legislativi tributari: il co. 8 dell'art. 37-bis ha infatti introdotto la procedura di disapplicazione, che tra l'altro è stata resa funzionale alla vigente normativa in materia di società non operative e in perdita sistematica.

In particolare, il primo comma dell'art. 37-bis afferma che *«sono inopponibili all'amministrazione finanziaria gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti»*.

Entrano dunque in gioco determinati comportamenti (atti, fatti, negozi), anche collegati tra loro (ossia considerati non singolarmente, bensì nella loro coordinazione/combinazione), il cui fine è di aggirare degli «obblighi o divieti» previsti dall'ordinamento tributario (e non, quindi, dalle sole norme positive), ottenendo un vantaggio dal punto di vista fiscale che altrimenti non sarebbe dovuto.

In presenza di vantaggi tributari ottenuti attraverso tali comportamenti, l'Amministrazione (allo stato, l'Agenzia delle Entrate) ha il potere/dovere di disconoscere tali vantaggi, applicando le imposte determinate in base alle disposizioni eluse, al netto delle imposte dovute per effetto del comportamento inopponibile all'amministrazione.

Le varie ipotesi elusive – o, per meglio dire, i comportamenti potenzialmente elusivi – sono, tassativamente, quelli indicati nel terzo comma dell'art. 37-bis (fusioni, scissioni, conferimenti, scambi di partecipazioni, etc.).

Nell'esercizio delle proprie valutazioni, sia in sede di interpello antielusivo che in sede di accertamento, l'amministrazione finanziaria deve avere come proprio faro la nozione di «valide ragioni economiche», nella consapevolezza che il proprio compito consiste, sostanzialmente, nel disconoscere i comportamenti indotti da una motivazione tributaria, anziché strettamente economica.

Le valide ragioni economiche

La condizione per ottenere dall'amministrazione finanziaria il riconoscimento degli effetti fiscali delle operazioni potenzialmente elusive (sia in sede di interpello, sia nell'ambito delle attività di accertamento) è costituita dalle valide ragioni economiche, ossia dall'«apprezzabilità economico-gestionale» che dovrebbe supportarle.

Tali «ragioni» devono essere «valide», cioè dotate di una propria necessità non meramente giuridica, e in nessun caso possono ridursi alla ricerca della soluzione più vantaggiosa dal punto di vista tributario.

Un'ipotesi tipica, numerose volte esaminata dalla prassi, è costituita dalla scissione societaria mediante la quale si realizza il c.d. «*spin-off*» immobiliare.

In tale contesto, la società che esercita l'attività d'impresa può essere scissa, per separare la parte commerciale da quella imprenditoriale: le valide ragioni economiche potrebbero ricondursi all'esigenza di preservare gli immobili dalle eventuali pretese dei creditori, e l'operazione comunque potrebbe ritenersi economicamente valida se, all'interno di un «disegno» più vasto, non fosse preordinata la successiva cessione da parte dei soci delle partecipazioni nella beneficiaria immobiliare, per ottenere il più favorevole trattamento fiscale riconosciuto alle cessioni di partecipazioni rispetto alle cessioni di immobili.

Sulla nozione di valide ragioni economiche, ai fini dell'applicazione della normativa di contrasto all'elusione, si è pronunciata l'Associazione Dottori Commercialisti di Milano (ADC) con la norma di comportamento n. 147, emanata nel 2002.

In particolare, la norma di comportamento ha affermato quanto segue:

- la nozione di valide ragioni economiche di cui all'articolo 37-bis del D.P.R. n. 600 del 1973, deve essere coerente con le statuizioni espresse dalla Corte di Giustizia europea;
- con riferimento a dette valide ragioni economiche, il criterio del vantaggio economico direttamente perseguito nella gestione delle società interessate all'operazione (c.d. «*business purpose*») non può essere usato come unico criterio predeterminato per escludere automaticamente ragioni economiche fondate su differenti presupposti.

La nozione di valide ragioni economiche può essere meglio individuata con il supporto del diritto comunitario e, in particolare, delle statuizioni della sentenza della Corte di Giustizia del 17.7.1997, relativa al procedimento C-28/95 (sentenza «*Leur – Bloem*»).

Secondo i Giudici della Corte, la nozione comunitaria di valide ragioni economiche è direttamente applicabile all'interno di uno Stato membro se quest'ultimo ha conformato la propria normativa nazionale alle disposizioni proprie del diritto comunitario.

L'adeguamento del diritto interno italiano alle norme comunitarie si è incontestabilmente verificato con il recepimento della Direttiva n. 90/434/CEE, attraverso il D. Lgs. 30.12.1992 n. 544 (i cui articoli da 1 a 4 sono ora trasfusi negli articoli da 178 a 181 del D.P.R. 22.12.1986, n. 917, come innovato a opera del D.Lgs. 12.12.2003, n. 344).

La Corte ha affermato, in particolare, quanto segue:

- per accertare se l'operazione presa in considerazione abbia un obiettivo elusivo le autorità nazionali non possono limitarsi ad applicare criteri predeterminati
- l'emanazione di una norma e, a maggior ragione, di una prassi che escludesse automaticamente e sulla base di criteri predeterminati talune categorie di operazioni dai vantaggi tributari conseguibili, risulterebbe eccessiva rispetto alla finalità di evitare l'elusione dell'obbligo fiscale
- le misure adottabili devono infatti rispettare un criterio di proporzionalità rispetto alla potenzialità elusiva delle operazioni
- anche un'operazione mirante a configurare una determinata struttura (o ristrutturazione giuridica) per un periodo limitato, e quindi non in maniera duratura, è idonea a perseguire valide ragioni economiche
- invece, una finalità dell'operazione che sia esclusivamente fiscale (risparmio di imposta o rimborso) non può costituire valida ragione economica

L'abuso del diritto

Alcune pronunce emanate dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite nel corso del 2008 (sentenze n. 30055 e 30057/2008) hanno accolto un'applicazione estensiva della nozione di «abuso del diritto», in grado di legittimare le contestazioni degli uffici fiscali anche in assenza di specifiche disposizioni antielusive (ad esempio, nel settore delle imposte indirette, oppure al di fuori delle fattispecie specificamente individuate dall'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973).

Il contenzioso che è all'origine della controversia sorge, nella prima delle fattispecie esaminate dalla Cassazione (sentenza 23.12.2008, n. 30055), dall'attività accertativa posta in essere dall'ufficio fiscale, il quale aveva disconosciuto la deducibilità fiscale delle minusvalenze conseguenti a

operazioni di acquisto e rivendita di titoli dopo la riscossione dei dividendi (c.d. *dividend washing*), in quanto asseritamente poste in essere a soli fini di elusione fiscale.

A tale riguardo, aderendo a un recente filone interpretativo della sezione tributaria (la pronuncia fa richiamo, in particolare, alle sentenze Cass. n. 10257/2008 e n. 25374/2008), le SS.UU. hanno ravvisato nell'ordinamento tributario italiano la presenza di «*un generale principio antielusivo*», precisando altresì che «*...la fonte di tale principio, in tema di tributi non armonizzati quali le imposte dirette, va rinvenuta non nella giurisprudenza comunitaria quanto piuttosto negli stessi principi costituzionali che informano l'ordinamento tributario italiano*».

Insomma, benché manchi nell'ordinamento l'espressa formulazione di un principio generale in materia - mentre la Corte di Giustizia Europea ha ricavato un principio analogo in materia di Iva - le SS.UU. hanno ritenuto che esso ugualmente promani dalla Carta costituzionale, in quanto esplicitazione dei principi (capacità contributiva, progressività dell'imposizione) in essa contenuti.

In dettaglio, *il principio è quello che impedisce al contribuente di trarre indebiti vantaggi fiscali dall'utilizzo distorto, ancorché con alcuna specifica disposizione normativa, «...di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quel risparmio fiscale».*

In tale prospettiva, la sopravvenuta introduzione di norme antielusive espresse (specifiche) si pone, secondo la Corte, quale «mero sintomo» dell'esistenza di una regola generale (tale affermazione era coerente con Cass. n. 8772/2008).

Il principio antielusivo generale è ritenuto non contrastante con la riserva di legge in materia tributaria - incardinato nell'art. 23 della Costituzione -, giacché «*...il riconoscimento di un generale divieto di abuso del diritto*

nell'ordinamento tributario non si traduce nella imposizione di ulteriori obblighi patrimoniali non derivanti dalla legge, bensì nel disconoscimento degli effetti abusivi di negozi posti in essere al solo scopo di eludere l'applicazione di norme fiscali».

Una parziale limitazione dei poteri del fisco - discendente dalla necessità di dimostrare l'esistenza del disegno elusivo a sostegno delle rettifiche operate, oltre alle supposte modalità di manipolazione o di alterazione di schemi classici rinvenute, evidenziando per quali motivi se ne determini l'aggiramento, e tenendo conto dell'evoluzione degli strumenti giuridici - è stata individuata dalla successiva sentenza della sezione tributaria n. 1465 del 17.11.2008, depositata il 21.1.2009.

Secondo la pronuncia, anche se il carattere fiscalmente «abusivo» dell'operazione può essere riconosciuto e contestato dal Fisco in modo ampio, nell'esercizio di un potere che è espressione dell'art. 53 della Costituzione, la contestazione è legittima solamente se il fine elusivo si pone come predominante e assorbente rispetto al complessivo comportamento del contribuente.

Sotto il profilo della difesa della parte, è stato osservato che i contribuenti devono dimostrare il motivo per cui è stato posto in essere il comportamento, con una facoltà di dimostrazione assai ampia, la quale può estendersi a diversi obiettivi di natura commerciale, finanziaria, contabile (e non solo alle valide ragioni economiche).

Il filone giurisprudenziale imperniato sull'abuso del diritto comprende anche altre pronunce della sezione tributaria (tra le altre, Cass., Sez. trib., nn. 25374/2008, 10257/2008 e 12042/2009).

Con la sentenza 21.1.2011. n. 1372, la Cassazione ha fatto presente che **l'applicazione del principio dell'abuso del diritto deve essere guidata da una particolare cautela**. È infatti necessario individuare con precisione cosa sia «elusione», e in tale prospettiva la semplice sussistenza di

valide ragioni extra-fiscali è sufficiente a escludere il carattere strumentale (elusivo) dell'operazione posta in essere.

Le operazioni di fusione e le indicazioni dell'amministrazione

Le operazioni di fusione sono sempre «monitorate» nell'ambito della norma antielusiva «a vocazione generale» dell'art. 37-bis, con possibilità di estensione anche al di là dei confini e delle garanzie di tale articolo, a voler seguire gli estremi sviluppi della recente giurisprudenza della Cassazione.

Lo sviamento delle finalità specifiche della fusione

Nella prospettiva delle valide ragioni economiche in materia di fusione societaria, un'utilissima base interpretativa può essere fornita dalla **risoluzione dell'Agenzia delle Entrate n. 62/E del 28.2.2002**.

Tale pronuncia è intervenuta in risposta al un'istanza di interpello antielusivo, con riferimento al caso di una società posta in liquidazione nel 2001 («XX»), la quale deteneva una partecipazione totalitaria in una società per azioni («YY»), con sede legale presso i medesimi locali della controllante. Anche la controllata sarebbe stata posta in liquidazione nei mesi successivi alla proposizione dell'istanza.

La «XX» aveva affermato che, a causa delle difficoltà del settore economico in cui operava, l'intero gruppo societario di cui faceva parte era destinato alla completa cessazione; si intendeva quindi porre in essere un'operazione di fusione per incorporazione con decorrenza contestuale alla data di iscrizione nel registro delle imprese, presumibilmente nel maggio 2002. L'operazione avrebbe determinato un disavanzo da annullamento, che non sarebbe stato utilizzato dall'incorporante.

Le ragioni economiche dell'operazione si fondavano, secondo l'interpellante, nel risparmio degli oneri di liquidazione e nel consolidamento delle risorse finanziarie necessarie nella fase di liquidazione. In particolare, si affermava che dall'incorporazione sarebbe conseguita una maggior facilità

nell'alienazione dei cespiti, e che essa avrebbe consentito « ... una pianificazione unitaria dei piani di ammortamento dei debiti e delle azioni di recupero dei crediti, oltre che numerose semplificazioni di ordine contabile-amministrativo».

La situazione di bilancio delle due società evidenziava:

- in capo alla «XX», una notevole quantità di perdite fiscalmente rilevanti, oltre a una plusvalenza da cessione di ramo d'azienda e a perdite su crediti;
- in capo alla «YY», notevoli plusvalenze derivanti dalla cessione di rami d'azienda.

Inoltre, negli esercizi successivi alla fusione, la società incorporante avrebbe dovuto realizzare ingenti perdite operative legate all'attività di liquidazione.

La risoluzione premette che, in linea di principio, nulla vieta al contribuente di porre in essere delle attività di «pianificazione fiscale», entro i confini del «lecito risparmio d'imposta», ossia allo scopo di scegliere, tra i comportamenti ammessi dall'ordinamento, quello fiscalmente meno oneroso. Non deve però trattarsi di risparmi d'imposta «patologici», cioè discendenti da un «abuso».

Sotto il profilo delle valide ragioni economiche, è però affermato nella risoluzione che « ... **una operazione di fusione rappresenta uno dei mezzi per giungere alla crescita delle dimensioni dell'impresa ed alle conseguenti economie di scala.** L'obiettivo di fondo è, di norma, il rafforzamento della posizione dell'impresa sul mercato e il miglioramento della propria capacità competitiva. Ciò nell'intento di aumentare la produttività o, in vista di un allargamento del mercato, di acquisire nuovi vantaggi concorrenziali, o, semplicemente, di acquisire particolari conoscenze tecnologiche o professionalità che appaiono necessarie in vista dei cambiamenti in atto». Inoltre, sono ammessi nella risoluzione « ... motivi puramente finanziari come quando l'integrazione risponde all'esigenza di creare complessi in grado di reperire maggiori risorse finanziarie e di

aumentare le capacità di credito». «La fusione è, dunque, economicamente motivata allorquando sia finalizzata a determinare delle sinergie produttive, commerciali, finanziarie tra le realtà aziendali che si fondono. Quanto sopra non emerge dalla fusione in argomento».

Nella fattispecie esaminata dall'Agenzia, l'unica finalità riscontrata – ritenuta economicamente non valida in quanto incongrua rispetto ai principi sopra enunciati - era quella di «risparmiare gli oneri del gruppo aziendale» e di «consolidare le risorse finanziarie necessarie nella fase liquidatoria».

L'affermata assenza di valide ragioni economiche (extratributarie) risulta rafforzata, dal punto di vista dell'Agenzia, dalla considerazione che un'operazione volta alla crescita dimensionale del business «si piegava» qui a servire l'«incongrua» finalità della liquidazione del gruppo.

Alla luce delle considerazioni sopra illustrate, l'Agenzia ha quindi ritenuto che l'operazione presentasse «evidenti profili di elusività», e che le ragioni addotte dall'istante non apparissero economicamente valide in quanto la fusione in parola non era finalizzata a rafforzare le strutture societarie e a creare organismi più forti e competitivi, bensì al conseguimento di indebiti risparmi di imposta e alla successiva liquidazione del gruppo societario.

La combinazione di fusione e scissione

Una logica analoga, volta al disconoscimento degli effetti fiscali di un'operazione incoerente con le ragioni economiche «tipiche», informa il **parere del Comitato consultivo n. 18 del 13.7.2005**, nel quale era stata presa in considerazione una fattispecie comprendente una fusione e una successiva scissione parziale non proporzionale, che era risultata in concreto esclusivamente finalizzata all'assegnazione di beni ai soci.

Nel caso di specie, le società istanti («X» e «Y») svolgevano ambedue attività di costruzione, compravendita e amministrazione di beni immobili, e il loro capitale sociale era detenuto da tre fratelli, nella misura di un terzo ciascuno. Affermando l'esistenza di conflitti tra i soci, era quindi manifestata la volontà

di dar vita a tre distinte società di capitali, ognuna delle quali di esclusiva proprietà di ciascun socio.

L'iter logico-temporale attraverso il quale giungere a tale riassetto delle partecipazioni societarie prevedeva però dapprima la fusione per incorporazione della società «X» nella «Y» a valori fiscali storici, seguita da una scissione parziale non proporzionale della società risultante dalla fusione. In conseguenza delle operazioni descritte, uno dei fratelli sarebbe divenuto titolare della totalità delle quote della scissa, mentre gli altri due rispettivamente della totalità delle quote delle beneficiarie neocostituite. Alla scissa e alle due newco sarebbe stata imputata una porzione di elementi dell'attivo, comprensiva dei cespiti immobiliari, ed elementi del passivo, proporzionalmente ripartiti in base alle originarie partecipazioni dei soci al capitale netto della società originaria. I soci avevano altresì affermato di non aver l'intenzione di cedere le proprie partecipazioni successivamente al riassetto, intendendo invece proseguire ognuno per proprio conto l'attività di gestione degli immobili, e che era esclusa qualsiasi corresponsione di ristori in denaro o in natura tra i soci medesimi.

Nel rispondere alle istanti, il Comitato ha opportunamente puntualizzato che l'applicazione della norma antielusiva richiede la verifica – oltre che dei presupposti dell'aggiramento di obblighi e divieti e dell'ottenimento di vantaggi fiscali – della presenza o dell'assenza di valide ragioni economiche, queste ultime da esplicitare e comprovare con evidenza oggettiva. Nel caso di specie, però, le istanti si erano limitate ad enunciare una generica *esistenza «... nell'ambito della compagine societaria di un'irrisolvibile situazione di conflittualità tra i soci che avrebbe determinato uno stato di inattività gestionale»*, non avvalorata da alcuna produzione documentale (ad esempio, dai verbali del consiglio di amministrazione).

Era pertanto ravvisata l'assenza di valide ragioni economiche, in combinazione con un vantaggio fiscale sicuramente ottenibile dai soci attraverso la scissione: in quest'ultima – sostanzialmente non proporzionale –

era infatti ravvisata una modalità «surrettizia» per assegnare i beni ai soci senza incorrere nelle conseguenze fiscali di un'assegnazione «ordinaria», ossia nella tassazione delle plusvalenze sui beni assegnati sulla base del valore normale di tali beni. In tale situazione, il Comitato ha affermato che, anche se solamente una delle società risultanti dalla scissione fosse stata privata di operatività, trasformandosi in mero «contenitore» di beni, l'effetto conseguito sarebbe stato infatti di spostare *sine die* il momento della tassazione sui beni medesimi, dei quali il socio avrebbe potuto disporre per le proprie esigenze personali.

Una fusione supportata da valide ragioni economiche

A diverse conclusioni è giunto il Comitato nei pareri «gemelli» n. 31 e n. 32, emanati in data 14.10.2005, affermando il carattere non elusivo della fusione tra due società in presenza di valide ragioni economiche e in vista della prosecuzione dell'attività d'impresa.

Le due società istanti («X» e «Y») erano due S.r.l. fiscalmente residenti in Italia, la prima interamente controllata da una società avente sede in Guatemala, e la seconda, in liquidazione, partecipata al 32% dalla prima società e per il rimanente 68% dalla controllante guatemalteca di questa. La «X» e la «Y» intendevano attuare una fusione per unione con costituzione di una nuova società, successivamente alla revoca dello stato di liquidazione da parte della «Y». In conseguenza della fusione, la nuova società avrebbe recepito in neutralità fiscale tutti gli elementi attivi e passivi facenti parte del patrimonio delle società fuse, proseguendo nell'attività immobiliare di gestione e agricola.

Le ragioni economiche addotte a sostegno della non elusività dell'operazione erano ricondotte all'esigenza di ridurre i costi di gestione sostenuti dalle due società, in tal modo aumentando la competitività della società risultante dalla fusione e garantendole una maggiore e più efficiente capacità di credito. Inoltre, per escludere le ipotesi di elusione legate alla «spendibilità» fiscale

delle perdite nel sistema del reddito d'impresa, era stato evidenziato nell'istanza che le due società disponevano di perdite fiscali pregresse, ma esse sarebbero comunque state perdute, giacché non sussistevano tutti i requisiti prescritti dall'art. 172, c. 7, del TUIR, per la riportabilità *post* fusione. Infine, era affermato che l'unico socio della società che sarebbe risultata dalla fusione non avrebbe effettuato nel breve termine alcuna cessione, ancorché parziale, delle proprie quote.

Secondo quanto evidenziato dal Comitato nel parere in esame, le operazioni prospettate e la continuazione dell'attività imprenditoriale da parte della società risultante dalla fusione non avrebbero comportato nel caso di specie né la sottrazione al regime d'impresa dei beni posseduti dalle due società originarie, né la sottrazione all'imposizione delle plusvalenze derivanti dalla eventuale cessione dei beni che sarebbero confluiti nella società costituenda.

Nell'operazione di fusione non erano quindi ravvisati i caratteri dell'elusività, in quanto essa appariva sorretta da valide ragioni economiche e non era rivolta all'aggiramento di norme tributarie, giacché le perdite fiscali pregresse non avrebbero potuto essere riportate nella società risultante dalla fusione e la società controllante non intendeva cedere le partecipazioni nella società risultante dalla fusione. Relativamente all'impossibilità di utilizzare le perdite pregresse, va evidenziato che le istanti avrebbero anche potuto chiedere e ottenere la disapplicazione della relativa norma antielusiva specifica, con ciò neutralizzando in parte le proprie affermazioni, sulla cui base si era fondato il parere del Comitato: se, infatti, le perdite fossero divenute utilizzabili a dispetto del vincolo imposto dal TUIR, si sarebbero potuti profilare dei dubbi in relazione alla potenziale elusività della fattispecie.

La fusione come sostituto della liquidazione

Come già nella risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 2002, sopra brevemente commentata, anche nel parere del Comitato n. 27 del 16.11.2005 entra in gioco una finalità sostanzialmente liquidatoria, sicché la risposta viene resa nei termini dell'elusività dell'operazione (incoerente rispetto al fine perseguito). La fusione era infatti prefigurata nell'istanza con la contestuale estinzione dell'incorporata, una società di persone in possesso di una quota del capitale sociale dell'incorporante (entrambe partecipate dai medesimi soci persone fisiche).

Relativamente a tale fattispecie, è stata affermata l'esistenza di profili di elusività in quanto l'operazione era ritenuta non supportata da valide ragioni economiche (a fronte della più «facile» alternativa costituita dalla liquidazione della società personale), e diretta in concreto a conseguire un indebito risparmio d'imposta, riconducibile al mancato assoggettamento a tassazione dell'assegnazione delle partecipazioni dell'incorporata ai soci della stessa.

La pronuncia del Comitato prosegue descrivendo la situazione proprietaria delle società coinvolte «X S.n.c.» e «Y S.r.l.», contraddistinta dalla presenza pressoché esclusiva degli stessi soci persone fisiche, salvo che per la «Y», il cui 40,19% era detenuto dalla stessa «X».

In tale situazione, i soci persone fisiche erano interessati a detenere personalmente le quote della «Y», senza il tramite della «X», « ... *anche tenuto conto della possibilità di fruire del regime di tassazione per trasparenza delle S.r.l. a ristretta partecipazione azionaria, i cui soci siano tutti persone fisiche*». In tale prospettiva, lo strumento più agevole e lineare era individuato nella fusione tra le due società istanti. A tale riguardo, le valide ragioni economiche erano ricondotte dalle istanti alla semplificazione del rapporto di controllo, all'eliminazione dei costi di gestione della «X» e, appunto, nella possibilità di optare per la trasparenza fiscale ex art. 116 del TUIR.

Valorizzando i criteri promananti dall'art. 37-*bis*, e in particolare quello delle valide ragioni economiche, il Comitato ha ritenuto che l'operazione fosse indotta da una finalità elusiva, ossia dall'ottenimento di un vantaggio tributario indebito, giacché gli obiettivi che gli interpellanti intendevano perseguire con l'operazione prospettata potevano essere raggiunti in maniera più lineare attraverso la liquidazione della «X», che si presentava come procedura meno complessa della concentrazione, e quindi «fisiologica» rispetto allo scopo. Come evidenziato nel parere, il ricorso alla fusione per incorporazione avrebbe comportato maggiori oneri – sul piano civilistico – rispetto alla liquidazione, richiedendo tempi di realizzazione più lunghi.

L'indebito vantaggio tributario sarebbe invece consistito nel mancato assoggettamento a tassazione, da parte della società di persone, della plusvalenza latente sulle partecipazioni nella «Y», eludendo la disposizione di cui all'art. 58, secondo comma, del TUIR, applicabile alle operazioni di cessione ed assegnazione di beni ai soci. Attraverso la fusione, insomma, la quota di partecipazione nell'incorporante detenuta dalla «X» sarebbe stata trasferita ai propri soci senza alcun aggravio d'imposta, il che si sarebbe invece verificato qualora si fosse proceduto allo scioglimento della società personale. In tale ipotesi, i soci della «X» sarebbero stati tassati in base alla propria aliquota IRPEF progressiva, ovvero in maniera separata a norma dell'art. 17 del TUIR, mentre procedendo alla fusione gli stessi avrebbero potuto effettuare il concambio delle partecipazioni possedute nell'incorporata con quelle dell'incorporante in regime di neutralità, come consentito dal terzo comma dell'art. 172 del Testo Unico. Inoltre, con riferimento al caso esaminato, occorre considerare che, per effetto della liquidazione, il «fondo riserva plusvalenza *ex lege* 575/75», presente in bilancio, avrebbe concorso al reddito della «X», diversamente a quanto sarebbe accaduto nella fusione.

L'esame del parere consente di affermare che, secondo il Comitato, la liquidazione e la fusione non sono poste dall'ordinamento sullo stesso piano, se l'operazione di concentrazione è vista come non rispondente alla sua

finalità tipica e sostanzialmente equivalente alla procedura liquidatoria, in presenza di un vantaggio tributario attuale. In ciò si coglie la tenuità del confine tra elusione e «lecito risparmio d'imposta», anche se, in casi come quello appena riportato, si tratta, più che di un vantaggio fiscale ottenuto a titolo definitivo, del differimento – al successivo momento dell'eventuale realizzo - di un onere tributario immediato. In tale prospettiva, siccome la realizzazione di una concentrazione tra le due società appare meno onerosa dal punto di vista fiscale, sembra che la parte pubblica voglia «costringere» i contribuenti a scegliere la via meno vantaggiosa, cioè quella che comporta il «realizzo» immediato delle plusvalenze e della riserva sopra menzionate.

Le operazioni di scissione

La scissione societaria ha spesso quale propria motivazione la ripartizione delle attività della società – ad esempio, di gestione immobiliare e commerciale -, nell'ottica della gestione conservativa del patrimonio immobiliare (che si riserva ad alcuni soci), e della prosecuzione dell'attività produttiva (che è attribuita ad altri soci).

Nella prospettiva antielusiva, così come accade per le altre operazioni previste dall'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973, occorre distinguere le ipotesi nelle quali la scissione appare indotta da motivi organizzativi o comunque aziendali, rispetto a quelle nelle quali emergono le finalità di «aggiramento», nel senso contrastato dal legislatore.

Lo sviamento della scissione parziale non proporzionale

Nell'ambito di un'operazione straordinaria che è stata sottoposta al vaglio del soppresso comitato antielusivo (parere n. 8 del 22.3.2007), una società per azioni di compravendita, costruzione e intermediazione immobiliare, è stata oggetto di una scissione parziale non proporzionale preordinata a far permanere la scissa («X») nella proprietà del socio «C», mentre le due beneficiarie («Y» e «K») sarebbero state attribuite agli altri soci, «A» e «B».

Nella prospettiva esposta in sede di interpello antielusivo, la prospettata riorganizzazione aziendale, effettuata peraltro a valori storici, in regime di neutralità fiscale, avrebbe consentito nuove strategie imprenditoriali, attraverso una maggiore articolazione e differenziazione delle risorse disponibili.

Nel rispondere, l'organismo adito ha riaffermato la neutralità in linea di principio dell'operazione, puntualizzando tuttavia che in casi come quello esaminato, attraverso l'operazione di scissione, possono sorgere una o più società non operative, in grado di prestarsi quali «veicoli» per la gestione pseudo-societaria di cespiti in realtà utilizzati privatamente. In tale contesto, l'operazione (scissione + nascita di società non operative) verrebbe a costituire l'alternativa fiscalmente meno onerosa, e sostanzialmente elusiva, rispetto all'assegnazione dei beni ai soci.

Se questo è il «ragionamento» compiuto dal comitato, occorre tuttavia sottolineare che:

- la presenza di una o più scisse, o della beneficiaria, aventi caratteri di «società di comodo», è solamente eventuale, ed essendo tale possibilità sempre attuale, anche in mancanza di operazioni straordinarie, essa non dovrebbe poter inficiare la validità dell'operazione sotto il profilo fiscale, né la sua neutralità in base ai principi generali;
- la disponibilità, allo stato, di una normativa stringente in materia di società non operative, a seguito delle intervenute modificazioni all'art. 30 della L. n. 724/1994, dovrebbe rendere inutile l'eventuale pronuncia antielusiva negativa: se, infatti, una o più delle beneficiarie della scissione parziale, ovvero la società scissa, dovessero manifestare i segni della «non operatività», sorgerebbe per esse l'obbligo di adeguamento al «reddito minimo presunto», fatta salva l'eventuale pronuncia di disapplicazione ottenuta a norma dell'art. 37-bis, c. 8, del D.P.R. n. 600/1973.

Comunque, il Comitato ha disconosciuto nel caso di specie le valide ragioni economiche, non ravvisando per la scissa un vantaggio economico-

imprenditoriale, anche in ragione del differente oggetto sociale delle beneficiarie, e di fatto attribuendo al «sindacato» sulle ragioni economiche una valenza «prospettica» e potenziale. Anche in presenza della mera «possibilità» di elusione, dunque, una ragione economica debole o mal esplicita può quindi bastare a legittimare il disconoscimento.

Uno spin-off non elusivo

La separazione tra la parte «commerciale» e quella di mera gestione immobiliare, originariamente facenti capo a un'unica società, è stata spesso ritenuta pienamente valida dal Comitato quale «causa» delle operazioni di scissione. Un ulteriore parere del comitato (il n. 12 del 22.3.2007), ha infatti ritenuto pienamente accettabile, sotto il profilo antielusivo, l'operazione posta in essere da una S.r.l., la quale andava a separare l'attività industriale da quella immobiliare mediante una scissione parziale proporzionale. Al termine dell'operazione, la scissa avrebbe ricevuto in locazione dalla società neocostituita gli immobili conferiti a quest'ultima.

Le valide ragioni economiche erano ricondotte all'opportunità di promuovere l'ingresso *«di nuovi soci dotati di adeguate risorse professionali e manageriali, al fine di rastrellare ulteriori fonti finanziarie necessarie per realizzare nuovi progetti imprenditoriali»*, mentre la società beneficiaria sarebbe stata costituita con lo scopo di accrescere nel medio periodo la redditività del patrimonio immobiliare acquisito a seguito della scissione.

Nel pronunciarsi sulla fattispecie, il comitato ha affermato tra l'altro che *«il giudizio in ordine alla validità delle ragioni economiche dev'essere maturato tenuto conto esclusivamente degli effetti che si riverberano sui soggetti che pongono in essere l'operazione, ovvero la società scindenda e la beneficiaria, senza considerare i vantaggi economici in astratto conseguibili da soggetti diversi, tra cui i soci, rilevando al riguardo la continuità dell'esercizio dell'attività d'impresa»*.

Più in dettaglio, l'operazione prospettata è stata ritenuta non elusiva, contrariamente a quanto si sarebbe potuto affermare (secondo il Comitato) *«nell'ipotesi di cessione delle partecipazioni societarie della beneficiaria, assoggettate al regime più favorevole proprio delle plusvalenze di natura finanziaria, rispetto a quello previsto nell'ipotesi di cessione del contratto di leasing, nel qual caso, a norma del comma 5 dell'art. 88 del TUIR, il valore normale dei beni, oggetto del contratto di locazione finanziaria, costituirebbe sopravvenienza attiva»*, anche tenendo conto del fatto che, attraverso la stipula di un contratto di locazione per i due opifici conferiti alla beneficiaria, sarebbe stata garantita l'operatività della stessa.

Il ricambio generazionale

Il ricambio generazionale è ormai «pacificamente» ritenuto in sé grado di integrare una «valida ragione economica», riferendosi alla possibilità stessa di proseguire nell'attività d'impresa attribuendo la titolarità, nonché la guida operativa delle società e del business, a soggetti intenzionati ad assumersi tale compito (e dotati delle relative attitudini).

A tale riguardo, risulta utile l'esame della **risoluzione dell'Agenzia delle Entrate n. 58/E del 22.3.2007**, scaturita dalla problematica che vedeva coinvolta una S.p.a. con quattro soci persone fisiche (A, B, C e D). Tale società era proprietaria di un terreno edificabile, di due fabbricati strumentali (categorie catastali D/7 e D/1), di un garage (categoria C/6), di tre fabbricati ad uso civile (categoria A/3) con due garage pertinenziali (categoria C/6), e deteneva inoltre, mediante contratto di leasing, un fabbricato (categoria D/7), che concedeva in sublocazione a terzi.

La sequenza delle operazioni prospettate prevedeva dapprima la cessione della nuda proprietà di parte delle proprie quote dal socio A (maggioritario) al socio B, e quindi una scissione parziale proporzionale (a valori contabili e con continuità di valori fiscali), mediante attribuzione del patrimonio immobiliare (e dei fondi di ammortamento relativi agli immobili trasferiti) e del contratto

di leasing immobiliare a una società beneficiaria di nuova costituzione, avente forma giuridica di S.r.l., i cui soci (persone fisiche) dovevano essere gli stessi dell'istante, con le medesime percentuali di partecipazione al capitale sociale. La beneficiaria, quindi, avrebbe dovuto concedere in locazione, a prezzi di mercato, i due fabbricati strumentali (capannoni) alla società scissa, ed in sublocazione a terzi, sempre a prezzi di mercato, l'immobile detenuto in *leasing*.

«Nei dieci anni successivi la data di realizzazione dell'operazione, e comunque non prima di quattro/cinque anni», il socio A (padre) avrebbe inoltre trasferito al socio B anche il diritto di usufrutto sulla quota già oggetto di cessione limitatamente alla nuda proprietà, donando in seguito in parti uguali ai tre figli (soci B, C e D) le rimanenti quote di partecipazione al capitale della scissa e della beneficiaria.

Di fronte a un tale riassetto prospettato, la cui finalità era evidentemente orientata al passaggio dell'azienda dal padre ai figli, l'Agenzia ha manifestato le consuete ragioni di prudenza quanto alla necessità di verificare la successiva cessione delle partecipazioni (intendendo evitare l'utilizzo di società «contenitori», mediante le quali eludere le ordinarie regole che presiedono ai trasferimenti delle aziende). Nell'operazione sono state però ravvisate le valide ragioni economiche, appunto riconducibili al passaggio generazionale da garantire (da non onerare più del dovuto costringendo i soggetti coinvolti a porre in essere una più onerosa cessione di azioni) .

Coerente con quanto sopra manifestato risulta anche la **risoluzione n. 281/E del 4.10.2007**, nella quale l'Agenzia si è pronunciata in materia di «*spin-off*» immobiliare, con riferimento a una scissione parziale proporzionale che vedeva l'attribuzione del ramo immobiliare a favore di una newco, seguita dalla cessione a terzi delle partecipazioni detenute nella scissa da uno dei due soci in misura non superiore al 50% del capitale sociale. Come nell'altro caso sopra riportato, si trattava semmai di prevenire l'eventuale configurazione elusiva della scissione, che sorge allorquando questa venga

intesa quale «tassello» di un più vasto disegno unitario *«finalizzato alla successiva rivendita delle azioni (...) da parte dei soci persone fisiche, con l'esclusivo fine di spostare la tassazione dai beni di primo grado (gli immobili o il ramo d'azienda) ai beni di secondo grado (titoli partecipativi) soggetti a un più mite regime di tassazione»*.

La suddivisione dei beni tra i soci

La scissione può altresì essere preordinata alla risoluzione del conflitto venutosi a creare tra i soci, come è stato affermato dall'Agenzia delle Entrate nella **risoluzione 22.3.2007, n. 56/E**. Anche in tale situazione, il limite invalicabile (oltre il quale poteva essere riconosciuta all'operazione una valenza elusiva) era rappresentato dall'eventuale strumentalizzazione dell'operazione stessa nell'ambito di *«un più complesso disegno unitario finalizzato alla successiva rivendita o donazione delle quote societarie delle beneficiarie da parte dei soci persone fisiche, con l'esclusivo fine di spostare la tassazione dai beni di primo grado (gli immobili) ai beni di secondo grado (quote di partecipazione) soggetti a un più mite regime di tassazione»*.

In via incidentale, anche in tale fattispecie può leggersi da un lato un'«avvertenza» a valere per il futuro, suggellata dalla clausola finale che fa salvo l'esercizio del successivo potere di controllo del Fisco, e dall'altro una diretta equivalenza tra il vantaggio fiscale ipotizzato (l'accesso al regime fiscale meno oneroso, almeno per il cedente) e l'assenza di valide ragioni economiche.

Il messaggio è insomma, il seguente: attenzione, il ruling in esito al quale l'Amministrazione abbia fornito una pronuncia di «non elusività» può essere disconosciuto, con la possibilità di dar luogo all'accertamento *ex art. 37-bis*, allorquando l'operazione a suo tempo esplicitata venga inquadrata e riqualficata all'interno di uno «schema» più vasto riconosciuto dall'Amministrazione stessa (in sede di controllo e non più di interpello). C

io significa, insomma, che la scissione «denunciata» e ammessa dall'Agenzia, posta in essere nel 2006, potrebbe risultare non più ammissibile se vista in combinazione con una contestuale fusione non esplicitata nell'istanza proposta, ovvero con operazioni non contestuali poste in essere nel 2007, nel 2008 o in successivi (ovvero precedenti periodi d'imposta).

Occorrerebbe altresì verificare la possibilità di agire in sede di accertamento facendo leva sulle nuove declinazioni dell'«abuso di diritto», emergenti dalla giurisprudenza della Cassazione, anche se, trattandosi di operazioni «codificate» in seno all'art. 37-bis, si ritiene che vada innanzi tutto applicata tale normativa, con tutte le connesse garanzie procedurali quanto all'esercizio del diritto di interpello (ex art. 21, L. n. 413/1991).

L'attribuzione di un patrimonio netto contabile negativo

Ancora una scissione parziale non proporzionale è stata al centro del lavoro interpretativo dell'Agenzia nella **risoluzione n. 12/E del 16.1.2009**: in tale pronuncia, è stato esaminato il caso di una società scindenda (Alfa S.r.l.) in possesso di un'area a destinazione direzionale-commerciale, sulla quale erano programmati degli interventi attraverso la controllata Beta S.r.l.

Nell'ottica di una programmata joint venture con il gruppo Gamma - specializzato nel settore dei centri commerciali e ricreativi - era stata quindi prospettata l'operazione, che prevedeva:

- la scissione parziale da Alfa di alcuni elementi del patrimonio da assegnare alla beneficiaria Beta;
- l'aumento di capitale della Beta interamente sottoscritto da Gamma, in misura tale da consentire ad Alfa e a Gamma una partecipazione paritetica al capitale di Beta. Divenuta socia, Gamma avrebbe dovuto erogare alla Beta un finanziamento pari al 50% dei debiti di quest'ultima.

Tra le ragioni economiche valorizzate dall'istante figuravano i vantaggi quanto al reperimento delle risorse finanziarie necessarie al progetto,

garantite dalla Gamma, la quale avrebbe pure apportato il proprio *know-how* operativo.

L'elemento più peculiare sembrava costituito, nella scissione in esame, dalla circostanza che il patrimonio netto contabile oggetto di scissione sarebbe risultato negativo, giacché l'ammontare dei debiti in bilancio era superiore rispetto a quello degli elementi attivi. Il valore economico delle attività oggetto di assegnazione corrispondeva invece al valore economico delle passività assegnate.

Le conseguenze dell'operazione prevedevano, sotto il profilo contabile:

- l'emersione di una differenza contabile negativa da imputare a riserva in capo ad Alfa;
- una differenza contabile configurabile quale disavanzo da concambio in capo alla Beta.

Secondo la lettura compiuta dall'Agenzia, la Alfa – scissa - doveva iscrivere nel proprio bilancio una riserva di patrimonio netto, pari alla differenza tra le attività e le passività del complesso patrimoniale assegnato, non costituente un componente positivo di reddito ai sensi dell'art. 173 del TUIR; se, tuttavia, tale riserva fosse liberamente distribuita ai soci, la distribuzione sarebbe tassabile alla stregua di una riserva di utili.

L'attribuzione di patrimonio netto contabile negativo, con l'emersione di un disavanzo da concambio in capo alla Beta, non ha suscitato particolari dubbi in merito all'elusività in sé dell'operazione, a maggior ragione considerando l'importanza della partecipazione di Gamma al progetto, in quanto soggetto dotato del necessario *know-how* tecnico, oltre che di una notevole solidità finanziaria.

In relazione al caso di specie, inoltre, assumeva un'importanza decisiva l'effettivo esercizio in capo alla Beta, successivamente alla riorganizzazione, di un'attività imprenditoriale volta alla realizzazione, allo sviluppo ed alla gestione del complesso direzionale-commerciale.

La scissione a favore di una società semplice

La «Alfa & C. S.n.c.», partecipata dai soci Tizio, Caio, Sempronio e Mevio, è stata oggetto della **risoluzione n. 150/E del 10.6.2009**, la quale intendeva procedere a una scissione parziale proporzionale d'azienda in due società, «scorporando» il fabbricato strumentale in una beneficiaria – società semplice - neocostituita.

Secondo l'Agenzia, emergeva dalla prospettazione dell'istante che lo scopo dell'operazione era di separare dall'attività produttiva l'unico immobile di proprietà attraverso il trasferimento dello stesso ad una società semplice; in tale prospettiva era ritenuto inapplicabile il principio di neutralità fiscale di cui all'art. 173 del TUIR.

Tale principio presuppone infatti l'appartenenza al regime d'impresa di tutti i soggetti coinvolti nell'operazione, mentre risulta evidente che il transito di *asset* dal mondo dell'impresa a quello extra-impresa, nella forma di un'assegnazione (ancorché in forma di scissione) a un soggetto non commerciale, costituisce una forma di «realizzo», ossia un'estromissione dei beni dal regime tipico delle società commerciali, con emersione di plusvalenze imponibili ex art. 86, c. 1, lett. c, del TUIR.

17 luglio 2013
Fabio Carriolo