

UN NUOVO CASO DI ABUSO DEL DIRITTO PER OPERAZIONI IMMOBILIRI INFRAGRUPPO

di Giovambattista Palumbo

La Commissione Tributaria Regionale della Toscana, con la sentenza n. 680/25/15, depositata il 16.04.2015, ha affrontato un interessante caso di abuso del diritto.

E la sentenza è anche l'occasione per fare il punto sulla nozione di abuso del diritto recentemente approvata con uno dei decreti di attuazione della legge delega fiscale. Per comprendere la fattispecie oggetto di contenzioso una sintesi dei fatti è innanzitutto necessaria.

Una Srl, facente parte di un grosso gruppo multinazionale, fino al 1995 era proprietaria di un complesso industriale oggetto delle operazioni che hanno poi dato adito alle contestazioni.

Nel 1995 tale società cede alla sua controllante il complesso immobiliare citato e di fatto diventa una società non operativa.

La controllante concede quindi in locazione il complesso ad un'altra società dello stesso Gruppo, la quale, nel 1999, manifesta espressamente (come da verbale del cda) l'intenzione di acquisire il complesso immobiliare.

Il 05.01.2000 la capogruppo italiana della multinazionale, controllante sia della originaria società proprietaria dell'immobile che della società che lo aveva detenuto negli ultimi anni in locazione, cede però il complesso immobiliare non a quest'ultima, ma nuovamente alla prima società, che solo 5 anni prima gliela aveva ceduto, per un importo di L. 51.000.000.000 oltre IVA (per L. 10.2000.000.000).

Tale società, originaria proprietaria dell'immobile, reperisce peraltro le risorse finanziarie per l'acquisto del complesso industriale (L. 50.000.000.000) attraverso un finanziamento con la finanziaria dello stesso Gruppo societario (anche se in realtà, dai bonifici bancari relativi al finanziamento, risulta che l'ordinante è la casa madre estera del gruppo e che, peraltro, è la stessa società venditrice dell'immobile, la capogruppo italiana, che, in realtà, concede un finanziamento di L. 50.000.000.000 alla casamadre estera, che poi lo passa alla società "formalmente" acquirente).

Sempre il 05.01.2000 (lo stesso giorno cioè in cui risulta averlo acquistato), la società formalmente acquirente cede quindi nuovamente il complesso immobiliare in locazione finanziaria alla stessa società, che già lo deteneva in locazione, per un importo complessivo di L. 70.411.390.011 oltre IVA, suddiviso in 36 rate trimestrali di L. 1.955.871.945 + IVA.

In pratica, quindi, come sopra evidenziato, 50.000.000.000 dei 51.000.000.000, che la società acquirente versa per l'acquisto dell'immobile, poi dato in locazione finanziaria ad altra controllata del Gruppo, le sono in realtà già stati dati (tramite finanziamento alla capogruppo estera, che poi li ha girati all'acquirente tramite bonifici bancari) dalla stessa società venditrice dell'immobile.

Qual è allora la ratio economica (dal punto di vista della capogruppo italiana) di ricevere, in sostanza, per un immobile che vale 51.000.000.000 di vecchie lire solo L. 1.000.000.000?

Dalla descrizione dei suddetti passaggi appariva allora evidente la (illecita) pianificazione fiscale, potutasi realizzare solo grazie al controllo di gruppo e all'assenza di autonomia decisionale delle controllate.

Nella fattispecie in esame era dunque necessario individuare i due flussi oggetto della pianificazione, evidenziando, da una parte, il flusso "formale" e dall'altra quello "sostanziale" (come rilevato dall'Ufficio), sia del passaggio dell'immobile che delle risorse finanziarie per il suo acquisto.

Le conseguenze fiscali che formavano l'oggetto dell'accertamento erano infatti semplicemente la conseguenza del flusso sostanziale rilevato.

<i>Flusso formale (abusivo) della cessione dell'immobile</i> Alfa (originaria proprietaria dell'immobile) cede il complesso a Beta (capogruppo italiana) ◇ Beta (ri)cede il complesso a Alfa ◇ Alfa concede in locazione finanziaria il complesso a Gamma (altra controllata del Gruppo).	<i>Flusso sostanziale (riqualificato) della cessione dell'immobile</i> Alfa (originaria proprietaria dell'immobile) cede il complesso a Beta (capogruppo italiana) ◇ Beta cede il complesso a Gamma (altra controllata del Gruppo).
	Alfa è dunque meramente interposta nella compravendita dell'immobile che, in realtà, avviene (rectius: dovrebbe avvenire) tra Beta e Gamma. Il contratto di leasing finanziario tra Alfa e Gamma è dunque finalizzato a consentire il risparmio di imposta derivante dalla deduzione dei canoni di leasing, al posto della deduzione delle quote di ammortamento, "spalmate" in un lasso di tempo molto più ampio.

<i>Flusso formale finanziamento per acquisto</i> Alfa (originaria proprietaria dell'immobile e attuale acquirente) stipula finanziamento con Delta (società finanziaria del Gruppo) ◇ Alfa, con tale finanziamento, paga Beta (capogruppo italiana) per l'acquisto dell'immobile da concedere poi in locazione a Gamma (altra controllata del Gruppo).	<i>Flusso sostanziale finanziamento per acquisto</i> Beta (capogruppo italiana) finanzia Epsilon (capogruppo estera) ◇ Alfa (originaria proprietaria dell'immobile e attuale acquirente) riceve risorse da Epsilon con cui paga a Beta (capogruppo italiana ed attuale venditore) l'importo per l'acquisto dell'immobile.
	In sostanza l'acquisto dell'immobile da parte di Alfa (acquirente) avviene con risorse finanziarie della stessa Beta (venditrice).

La legittimità del recupero dipendeva dunque dal giudizio in ordine alla maggiore o minore verosimiglianza della realtà economica dell'operazione, come prospettata dal contribuente o come accertata dall'Ufficio.

Laddove infatti la versione sostanziale evidenziata dall'Ufficio, sia in base all'evidenza cronologica dei vari passaggi temporali dell'operazione nel suo complesso, sia in base ai vantaggi fiscali altrimenti non ottenibili, fosse stata ritenuta (come poi in effetti ritenuta) più verosimile di quella formale addotta dal contribuente, i recuperi a tassazione sollevati dall'Ufficio avrebbero costituito una mera, automatica, conseguenza dell'applicazione della normativa fiscale alla realtà economica sostanziale "camuffata" dal contribuente sotto altra, solo apparente, forma.

In base alla ricostruzione dell'Ufficio la Alfa Srl (originaria proprietaria dell'immobile e attuale acquirente) era infatti meramente interposta nella compravendita dell'immobile, che, in realtà, avveniva (rectius: sarebbe dovuto

avvenire) direttamente tra Beta SpA (capogruppo italiana detentore dell'immobile) e Gamma SpA (altra controllata).

Tali conclusioni erano del resto anche avvalorate dal fatto che, in sostanza, come visto, l'acquisto dell'immobile da parte della Alfa Srl era avvenuto con risorse finanziarie della stessa Beta SpA, parte venditrice. Qual'era dunque la ratio economica sottesa ad una tale circostanza?

Il contribuente affermava dunque che la fattispecie oggetto del contenzioso era del tutto estranea al fenomeno dell'abuso del diritto, dato che non sarebbe stato ravvisabile nel caso di specie il vantaggio fiscale.

L'Ufficio faceva allora presente che ciò che doveva essere appurato era quale fosse il vero scopo dell'operazione nel suo complesso.

A tal fine, secondo l'Ufficio, risultava evidente che lo scopo economico e giuridico dell'operazione, formalmente indicato nel contratto di locazione finanziaria, non era quello realmente perseguito dai soggetti coinvolti.

L'intera operazione era infatti priva di valide ragioni economiche (vera linea di confine tra legittimo risparmio di imposta ed abuso del diritto) ed era stata predisposta per meri, essenziali o comunque prevalenti, fini di risparmio fiscale di gruppo.

La controllante italiana (Beta SpA) infatti esercitava sulle altre società del gruppo non un semplice controllo giuridico, connaturato alla funzione di azionista di controllo, ma un assoluto potere di ingerenza economica, fino alla sua completa sostituzione nel processo di formazione della volontà delle partecipate.

Proprio il grado di passività riscontrabile nel comportamento del soggetto interposto (Alfa Srl) misurava, ad avviso dell'Ufficio, il grado di divergenza esistente tra l'apparenza e l'effettività.

Il vantaggio fiscale perseguito ed ottenuto con l'operazione contestata (vantaggio che, secondo il ricorrente, non esisteva) era del resto evidente.

Come infatti ribadito anche dalla Commissione Tributaria nella sentenza in commento, era più corretto parlare di più vantaggi fiscali:

- a. sia per quanto riguardava i canoni di locazione finanziaria artatamente dedotti in 8 anni dalla società (al posto della deduzione delle quote di ammortamento relative alla reale operazione di cessione e consentite, in caso di acquisto in proprietà, in 33 anni);
- b. sia per quanto concerneva gli interessi passivi dedotti dalla Gamma SpA (locataria) sul contratto di leasing e superiori anche a quelli sul finanziamento accesso dalla Alfa Srl, meramente interposta come detto nella effettiva cessione

dell'immobile alla Gamma SpA, calcolando dunque la differenza tra gli interessi passivi sul contratto di finanziamento per l'acquisto e gli interessi passivi sul contratto di leasing abusivo;

c. sia per quanto riguardava la congruità (valore normale) dello stesso tasso di interesse applicato sulla citata operazione di finanziamento, formalmente erogato alla interposta Alfa Srl, ma diretto alla Gamma SpA, in violazione delle regole di transfer pricing;

d. sia per l'illecita retrocessione del credito IVA conseguito dalla Alfa Srl con il negozio simulato;

e. sia per l'illecita applicazione di ritenute convenzionali agevolate (al 10%, anziché al 12,5%), in quanto riferite a soggetto diverso (Epsilon, come risultava dai bonifici), rispetto a quello di cui all'affidavit (Delta LTD), in contrasto con il principio dell'effettivo beneficiario. Come espressamente stabilito dal Modello OCSE (art. 11), infatti, l'aliquota convenzionale non si applica laddove venga interposto un intermediario tra il beneficiario e l'erogante (laddove sono considerate beneficiarie le società che ricevono i pagamenti).

Tutti i vari passaggi, i cui riflessi fiscali venivano contestati, rappresentavano infatti fasi di un unico negozio indiretto, collegate tra di loro per meri fini di gruppo e al fine di ottenere illeciti vantaggi fiscali.

Come dunque evidenzia correttamente il giudice nella sentenza in esame, richiamando peraltro la costante giurisprudenza della Corte Suprema (vedi anche Cass. 3939/2014), la decisione della vicenda doveva basarsi sul principio in base al quale *“nei processi di ristrutturazione e riorganizzazione aziendale nell'ambito dei grandi gruppi di imprese, il carattere elusivo, sotto il profilo fiscale, di una determinata operazione, si fonda, normativamente sul difetto delle valide ragioni economiche e sul conseguimento di un indebito vantaggio fiscale, sicché il divieto di comportamenti abusivi non vale ove quelle operazioni possano spiegarsi altrimenti che con il mero conseguimento di risparmi di imposta, poichè va sempre garantita la libertà di scelta del contribuente tra diverse operazioni comportanti anche un differente carico fiscale”*.

Sulla base di tale principio la Commissione Tributaria Regionale della Toscana concludeva dunque che nel caso di specie non ricorrevano le valide ragioni economiche che giustificavano la complessa operazione, anche perché, fra l'altro, le operazioni finanziarie poste in essere non avevano alcuna attinenza commerciale con l'attività svolta dalla prevalenza dei soggetti interessati ed anzi erano anche in contrasto con le più elementari regole di mercato.

Da tale conclusione ne discendeva peraltro la considerazione per cui, anche sotto il profilo, civilistico non poteva essere esclusa la sussistenza di un conflitto di interessi (art. 1395 c.c.), non potendo rientrare (perché diversamente finalizzata) questa unica e complessa operazione della controllante in favore della propria controllata tra i molti atti strumentali alla conservazione del valore di una partecipazione azionaria e dunque nell'interesse della cedente e del gruppo societario nel suo insieme ed essendo peraltro evidente che, anche sotto il profilo fiscale, era indubitabile che si versasse in ipotesi di mero conseguimento del vantaggio fiscale.

Le conclusioni della Commissione sono peraltro del tutto in linea con la nuova formulazione di abuso del diritto, ora positivamente definita con il recente decreto su abuso e certezza del diritto licenziato dal Consiglio dei Ministri, al fine della introduzione di un nuovo art. 10 bis nella L. 212/00, che disciplini espressamente la fattispecie dell'abuso del diritto o elusione fiscale (con abrogazione dell'art. 37 bis del DPR 600/73), stabilendo che configurano abuso del diritto una o più operazioni prive di sostanza economica, che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti.

Tali operazioni non sono dunque opponibili all'Amministrazione Finanziaria, che ne disconosce i vantaggi, determinando i tributi sulla base delle norme e dei principi elusi, considerando:

a) operazioni prive di sostanza economica i fatti, gli atti e i contratti, anche tra loro collegati, inidonei a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali, laddove sono indici di mancanza di sostanza economica, in particolare, la non coerenza della qualificazione delle singole operazioni con il fondamento giuridico del loro insieme e la non conformità dell'utilizzo degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato;

b) vantaggi fiscali indebiti, i benefici, anche non immediati, realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario.

Non si considerano invece abusive, in ogni caso, le operazioni giustificate da valide ragioni extrafiscali, non marginali, anche di ordine organizzativo o gestionale, che rispondono a finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa, ovvero dell'attività professionale del contribuente, restando ferma la libertà di scelta del contribuente tra regimi opzionali diversi offerti dalla legge e tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale.

Come si vede, le stesse direttive seguite dalla CTR nella sentenza in commento.

Conclusivamente, possono formularsi le seguenti considerazioni:

- non c'è dubbio che il nostro ordinamento fiscale deve essere in grado di reagire ai comportamenti elusivi ed abusivi dei contribuenti, tanto più che questi comportamenti stanno assumendo forme e contenuti sempre più sofisticati;
- l'abuso del diritto è ravvisabile nelle operazioni che aggirano i principi fondamentali dell'Ordinamento fiscale e che risultano sostanzialmente mancanti di valide ragioni economiche;
- per individuare l'abuso del diritto occorre in ogni caso analizzare il contenuto complessivo dell'operazione, che si presenta di regola conforme alle applicazioni formali della norma, ma sostanzialmente, produce vantaggi contrari ai suoi obiettivi.

Il perno dell'abuso del diritto consiste, in conclusione, nell'individuazione del vantaggio fiscale illegittimamente raggiunto solo grazie all'aggiramento delle norme o, meglio, solo grazie alla formale predisposizione di operazioni non "fisiologiche". Onere dell'Amministrazione Finanziaria, in questi casi, sarà dunque individuare la corretta operazione fisiologica che il contribuente avrebbe dovuto porre in essere e gli effetti fiscali (di vantaggio) che il contribuente ha illegittimamente ottenuto grazie alla predisposizione di un'operazione non fisiologica, non sorretta da valide ragioni economiche.

L'ufficio deve infatti indicare, come anche richiesto dalla Cassazione, quale sarebbe stato il corretto carico fiscale (il "*comportamento fisiologico aggirato*") laddove il contribuente non avesse posto in essere l'operazione abusiva e, nel farlo, deve guardare la pianificazione nel suo complesso e le relative conseguenze, anche negli anni successivi.

Una volta individuata l'operazione fisiologica aggirata, l'ufficio dovrà allora riqualificare l'operazione contestata in quanto abusiva, accertando le maggiori imposte che da tale riqualificazione derivano.

La fisiologicità aggirata deve dunque essere (fiscalmente) ripristinata ed evidenziata tramite l'affermazione della natura abusiva dell'intera operazione e il disconoscimento di tutti i connessi, illeciti, vantaggi fiscali.

Ben venga allora introdurre nell'ordinamento fiscale italiano una norma di sistema, che, a maggiore chiarezza, nell'affermare l'esistenza di un principio generale di divieto di abuso di diritto, disciplini anche il relativo procedimento di accertamento.

Soprattutto, al fine di estendere, per tutti i controlli che hanno ad oggetto fenomeni elusivi, le maggiori garanzie e tutele assicurate ai contribuenti dal particolare procedimento di cui all'art. 37-bis.

20 luglio 2015

Giovambattista Palumbo