

Un'ulteriore presa di posizione dell'Agenzia delle entrate che limita la libertà d'impresa

Abuso di diritto senza contorni

Focus sul vantaggio fiscale. Poca rilevanza alle eccezioni

Pagina a cura
di GIUSEPPE RIPA
E ALESSANDRO LATTANZI

Abuso del diritto sempre più stringente e senza un preciso confine. Questo è quanto si evince dalle recenti risposte fornite dall'Agenzia delle entrate cui in ultimo s'accoda la n. 341/2019.

Nell'interpello in questione veniva prospettato un passaggio generazionale dai soci di prima generazione a quelli di seconda, avente a oggetto una società operativa in cui i primi sono soci al 50%.

Il passaggio veniva così strutturato: (i) costituzione di una newco da parte dei figli con partecipazione di ciascuno al 50%; (ii) rivalutazione delle partecipazioni della società operativa da parte dei soci di prima generazione; (iii) cessione delle predette alla newco; (iv) fusione inversa per incorporazione dell'operativa nella newco. Il risultato finale avrebbe permesso ai soci di seconda generazione di ottenere il 50% ciascuno della società operativa, incorporata nella newco, e a quelli di prima di ottenere la monetizzazione del disinvestimento.

L'Agenzia ha ritenuto abusiva la serie di operazioni, in quanto preordinate a permettere ai soci di prima generazione di porre in essere un recesso cosiddetto atipico, idoneo a far conseguire loro il vantaggio fiscale relativo all'imposta sostitutiva dell'11%, in luogo della più onerosa ritenuta del 26%.

Nello specifico, l'ente ha precisato come, la ratio sottesa alla rivalutazione delle partecipazioni e, quindi, della loro successiva circolazione, potrebbe avvenire nel solo caso di recesso cosiddetto atipico, ossia mediante la cessione ad altri soci ovvero a terzi soggetti; tipologia questa non direttamente perseguibile dai soci, invece abusivamente preconstituita attraverso la serie di operazioni.

In sostanza, il fine ultimo perseguibile dai soci sarebbe stato raggiunto in modo diretto mediante il recesso tipico, previamente concordato con gli altri soci.

Sul punto appare doveroso effettuare un'attenta riflessione (si veda anche *ItaliaOggi Sette* del 26 agosto).

Per abuso del diritto deve intendersi, ai sensi dell'art. 10-bis, legge 212/2000, una o più operazioni, prive di valide ragioni economiche, volte esclusivamente all'ottenimento di un vantaggio fiscale indebito; configurazione questa che può essere individuata soltanto in via residuale (c. 12, stesso articolo) e mai in

via principale.

Difatti, l'esimente richiesta dal legislatore al fine di uscire dall'abuso è la dimostrazione della concreta esistenza di valide ragioni extrafiscali non marginali: cioè a dire come anche laddove il risparmio fiscale venga effettivamente ottenuto dal contribuente, ma le ragioni sottostanti alla serie di operazioni di ordine economico, organizzativo o gestionale, che permettono il miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa siano pregnanti, dimostrate e dimostrabili, non vi potrà essere in alcun caso la configurazione abusiva.

Tuttavia, tali principi faticano ancora a entrare nel meccanismo di controllo dell'Agenzia, nonostante siano passati quasi quattro anni dalla codificazione dell'art. 10-bis.

Nell'interpello, gli istanti dimostrano come, alla base delle operazioni da porre in essere, vi siano effettivamente ragioni extrafiscali non marginali, ossia il passaggio generazionale della società operativa. Invero, gli istanti affermano come questo risulti più che mai necessario alla luce della volontà dei fondatori di dimettersi dalla carica di amministratori, dal costante decremento di fatturato avuto nell'ultimo triennio e dalla necessaria conseguenza di dover ristrutturare un'azienda basata su una vecchia concezione imprenditoriale. Eppure dette ragioni non sono state prese in modo alcuno in considerazione, giacché l'Agenzia ha posto l'accento esclusivamente sulla preconstituzione delle condizioni favorevoli a generare un recesso atipico che permettesse ai soci fondatori di scontare il beneficio fiscale della rivalutazione delle quote societarie.

L'errore, o meglio, gli erro-

ri in cui l'Agenzia è incorsa nelle ultime risposte fornite ai recenti interpelli possono essere racchiusi proprio nel rinvenimento di una ipotesi più lineare e soprattutto più onerosa rispetto a quella prospettata dai contribuenti. In pratica, la via più onerosa, a dire dell'Agenzia, è la via maestra esulando dalle ragioni economiche non marginali sottostanti.

Detto pensiero deve essere indubbiamente censurato, giacché il concetto di lecita pianificazione fiscale non può essere sminuito, financo a confinarlo in un angolo a scapito del contribuente, poiché è proprio il legislatore che ha disposto la libertà di scelta in presenza di più regimi opzionali, aventi pari

dignità.

Ciò che poi preoccupa, o meglio, il paradosso che a ogni interpello si fa sempre più forte, riguarda la concezione dell'abuso di diritto quale fonte normativa, ma che viene interpretata in maniera erronea da parte dell'Agenzia delle entrate.

Il paradosso lo si rinviene nella considerazione da parte del legislatore italiano di una norma anche conforme

ai principi di matrice comunitaria a cui, però, fa da contrappeso una interpretazione da parte dell'Agenzia delle entrate che molto spesso esula dalla valutazione delle valide ragioni economiche.

Specialmente, in sede di recepimento della direttiva 2016/1164 (cosiddetta direttiva Atad) il legislatore ha affermato come l'art. 10-bis rispecchi i dettami di cui all'art. 6, laddove si dispone che l'abuso è rinvenibile nell'esecuzione di una o più operazioni non genuine e che per tale devono intendersi quelle non poste in essere per valide ragioni commerciali che rispecchiano la realtà economica. Dacché ne deriva come l'abuso venga escluso ogni qual volta vi siano operazioni effettivamente poste in essere, la cui sostanza economica prevarichi sul vantaggio fiscale.

La via più onerosa, a dire dell'Agenzia, è la via maestra esulando dalle ragioni economiche non marginali sottostanti



Per contro, i contribuenti e gli operatori si trovano a combattere contro interpretazioni amministrative che vanno nel senso opposto.

Ora, proviamo a immedesimarci nei panni degli istanti laddove, ipoteticamente non vi sia la possibilità di ottenere finanza in proprio per poter acquisire direttamente le partecipazioni dei loro genitori, dando vita a un recesso cosiddetto tipico che permetterebbe ai soci di

prima generazione di scontare l'imposta sostitutiva dell'11%. In tal caso, la società, non potendosi rinnovare gestionalmente, continuerebbe a scontare ancora la perdita di fatturato e di quote di mercato.

Per contro, nel caso in cui gli istanti procedessero a eseguire la riorganizzazione aziendale, optando però per la tassazione ordinaria, avrebbero un aggravio di non

poco conto, giacché ai soci di prima generazione verrebbe imposta una tassazione pari al 26% a cui si aggiungerebbe anche l'ammontare pagato a titolo di imposta sostitutiva.

Entrambe le situazioni appaiono paradossali e fuori da ogni logica di mercato; ecco perché, a parere di chi scrive, l'interpello ha correttamente dimostrato come la serie di operazioni prospettate generasse un connubio

composto da valide ragioni economiche e debito vantaggio fiscale.

Eppure vi sarebbe una terza via, più impervia che mai: effettuare le opera-

zioni tacciate per abusive e, una volta ricevuta la «busta verde», contestare! Così facendo, la Cassazione potrebbe delimitare gli effettivi confini dell'abuso. La battaglia apocalittica sopra descritta è e rimarrà una provocazione (purtroppo); pertanto, affinché in mezzo a questo caos possa arrivare di tanto in tanto anche l'ordine, appare indubbio un chiarimento diretto sui reali confini dell'abuso, ossia di quell'istituto avente carattere residuale, individuabile solo laddove le operazioni poste in essere non abbiano carattere lecito ovvero evasivo.

Ora, al di là delle considerazioni e le critiche sul punto più volte sottolineate è tempo di ricominciare dai princi-

significato delle espressioni usate dal legislatore, ovvero la connessione di esse non può essere trascurata. Il c. 1 dell'art. 10-bis detta la disposizione generale di abuso del diritto (inesistenza di sostanza economica delle operazioni tese a realizzare «essenzialmente», e non esclusivamente, vantaggi fiscali indebiti). Il comma 2 dà una specificazione (troppo spesso trascurata) del significato di quanto contenuto nel c. 1. Si considerano dunque prive di sostanza economica quelle operazioni inidonee a produrre effetti «significativi» diversi dai vantaggi fiscali. E nel prosieguo si specificano ulteriormente gli indici che misurano la assenza di sostanza economica: operazioni incoerenti, raffazzonate, ecc. La lettera b) del comma 2 definisce poi vantaggi indebiti (ovviamente) quelli ottenuti in «contrasto» con le norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario.

Nei successivi commi 3 e 4 stanno le eccezioni al verificarsi delle quali l'abuso è in ogni caso inesistente. Nella risposta all'interpello sopra ricordata si trattava proprio di ricercare questa esigenza prioritaria (non marginale dunque). Se l'obiettivo degli istanti era quello di procedere a un riassetto generazionale con indicazioni operative e parametri ben individuati, ben poteva applicarsi la eccezione appena vista. Se anche queste operazioni rischiano di essere censurate, il comma 3 viene sistematicamente disapplicato perché a ogni operazione complessa di ristrutturazione o funzionalità aziendale se ne possono «suggerire» ben altre a dismisura fiscalmente più onerose. L'amministrazione, in buona sostanza, limita la libertà di impresa.

Ma più è il comma successivo, il 4, che fa o dovrebbe fare da muro. Esso è solenne e fissa il concetto di lecita pianificazione fiscale. Resta ferma, si dice, la libertà di scegliere tra regimi opzionali diversi che la legge offre di per sé e tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale.

Detto questo, di fronte a prese di posizioni così importanti e autorevoli, come abbiamo detto nel passato meno recente, non si vorrebbe che il concetto di abuso venga, a sua volta, abusato a livello interpretativo cercando di sorvolare sulle definizioni specifiche di cui a comma 2 e vieppiù sulle eccezioni di cui ai commi 3 e 4 appena ricordati.

© Riproduzione riservata

pi base sulla interpretazione delle leggi e sul contenuto, troppo spesso abusato. Il