



**UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PADOVA**

**DIPARTIMENTO DI SCIENZE ECONOMICHE ED AZIENDALI  
"M. FANNO"**

**DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO, INTERNAZIONALE  
E COMUNITARIO**

**CORSO DI LAUREA MAGISTRALE**

**IN ECONOMIA E DIRITTO**

**TESI DI LAUREA**

**"PIANIFICAZIONE TRIBUTARIA E ABUSO DEL  
DIRITTO SECONDO L'ART. 10-BIS E LE  
DISPOSIZIONI ANTIELUSIVE"**

**RELATORE:**

**CH.MO PROF. MAURO BEGHIN**

**LAUREANDO: MASSARO SIMONE**

**MATRICOLA N. 1179373**

**ANNO ACCADEMICO 2018 – 2019**



Il candidato dichiara che il presente lavoro è originale e non è già stato sottoposto, in tutto o in parte, per il conseguimento di un titolo accademico in altre Università italiane o straniere. Il candidato dichiara altresì che tutti i materiali utilizzati durante la preparazione dell'elaborato sono stati indicati nel testo e nella sezione "Riferimenti bibliografici" e che le eventuali citazioni testuali sono individuabili attraverso l'esplicito richiamo alla pubblicazione originale.

Firma dello studente

---



INDICE	
INTRODUZIONE.....	7
CAPITOLO 1: ABUSO DEL DIRITTO: INQUADRAMENTO GENERALE DELLA DISCIPLINA .....	9
<b>1.1. NOZIONE DI ELUSIONE: DIFFERENZE TRA EVASIONE FISCALE ED     ABUSO DEL DIRITTO.....</b>	<b>9</b>
<b>1.2 DISTINZIONE TRA LEGITTIMA PIANIFICAZIONE FISCALE ED IL     FENOMENO DELL’ABUSO: IL RISPARMIO D’IMPOSTA .....</b>	<b>15</b>
<b>1.3 L’EVOLUZIONE DEL CONCETTO DI ELUSIONE/ABUSO: LE PRINCIPALI     TAPPE NORMATIVE .....</b>	<b>19</b>
<b>1.3.1 L’ART. 10 DELLA LEGGE 408/1990 COME STRUMENTO DI         CONTRASTO ALL’ELUSIONE FISCALE .....</b>	<b>19</b>
<b>1.3.2 L’ART. 37-BIS DEL D.P.R. 600/1973 .....</b>	<b>20</b>
<b>1.4 EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE IN TEMA DI ABUSO DEL DIRITTO.     L’INTERESSANTE CAMBIO DI POSIZIONE DELLA CORTE DI CASSAZIONE     .....</b>	<b>22</b>
<b>1.5 IL NUOVO ABUSO DEL DIRITTO EX ART. 10-BIS DELLO STATUTO DEI     DIRITTI DEL CONTRIBUENTE.....</b>	<b>26</b>
<b>1.5.1 I PRESUPPOSTI COSTITUTIVI DELL’ABUSO DEL DIRITTO .....</b>	<b>27</b>
<b>1.5.2 LE VALIDE RAGIONI EXTRAFISCALI NON MARGINALI COME         ESIMENTE DELL’OPERAZIONE.....</b>	<b>31</b>
<b>1.6 INTERPELLO ANTIABUSO COME STRUMENTO DI CONFRONTO TRA IL     CONTRIBUENTE E L’AGENZIA DELLE ENTRATE.....</b>	<b>34</b>
CAPITOLO 2: LE NORME ANTIELUSIVE SPECIFICHE.....	37
<b>2.1 NATURA DELLE NORME ANTIELUSIVE SPECIFICHE.....</b>	<b>37</b>
<b>2.1.1. L’INTERPELLO DISAPPLICATIVO DELLE NORME ANTIELUSIVE ..</b>	<b>39</b>
<b>2.2 DIVIDENDI PROVENIENTI DA PAESI A FISCALITÀ AGEVOLATA.....</b>	<b>42</b>
<b>2.3 CONTROLLED FOREIGN COMPANY – CFC .....</b>	<b>45</b>
<b>2.4. ESTEROVESTIZIONE DELLE SOCIETÀ HOLDING .....</b>	<b>49</b>
<b>2.5. L’ISTITUTO DEL “TRANSFER PRICING” .....</b>	<b>54</b>
<b>2.6 LIMITE AL RIPORTO DELLE PERDITE FISCALI.....</b>	<b>57</b>
<b>2.6.1 EXCURSUS NORMATIVO: RATIO DEI LIMITI PREVISTI DAL         LEGISLATORE.....</b>	<b>62</b>
CAP. 3 FUSIONE TRA SOCIETÀ E TASSAZIONE DI GRUPPO - ANALISI DI UN CASO SPECIFICO.....	65
<b>3.1 FUSIONI CHE NON INTERROMPONO LA TASSAZIONE DI GRUPPO .....</b>	<b>68</b>
<b>3.2 FUSIONI CHE INTERROMPONO IL REGIME DI CONSOLIDATO .....</b>	<b>69</b>
<b>3.3 FUSIONI CHE POTREBBERO CAUSARE L’INTERRUZIONE DEL     CONSOLIDATO.....</b>	<b>69</b>
<b>3.4 FUSIONE CON ESTINZIONE DEL CONSOLIDATO - ANALISI DI UN CASO     SPECIFICO .....</b>	<b>70</b>

CONCLUSIONI.....	75
RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI .....	77

## INTRODUZIONE

L'abuso del diritto rappresenta uno dei temi più interessanti e complicati del diritto tributario. Come sostiene autorevole dottrina<sup>1</sup> si tratta *“di una tematica di confine fra diritto scritto e concetti metagiuridici per risolvere la quale occorre non solo attenta conoscenza delle norme e dei principi generali dell'ordinamento ma anche di buon senso”*.

Basta questa affermazione per comprendere che l'abuso del diritto rappresenta una materia difficile da definire in maniera chiara ed univoca.

L'elusione fiscale è un fenomeno in continua evoluzione dove sia il contribuente, che l'amministrazione finanziaria devono confrontarsi. In particolare, il primo per comprendere il confine tra legittimo risparmio d'imposta ed illegittima elusione; il secondo, invece, per svolgere il suo compito istituzionale di contrasto all'aggiramento delle norme fiscali.

Fatta questa premessa, il presente lavoro si propone di analizzare le norme di contrasto al fenomeno elusivo. In particolare, il primo capitolo verterà sulla trattazione dell'art. 10-bis dello Statuto dei diritti del contribuente, distinguendolo da altre fattispecie presenti nel nostro ordinamento e ripercorrendo l'iter legislativo che ha portato all'attuale formulazione; il secondo capitolo si concentrerà sulle disposizioni antielusive specifiche, analizzando solamente alcune delle principali. Tra queste, un'attenzione particolare verrà ritagliata all'art. 172, comma 7 del T.U.I.R., che fa riferimento al riporto delle perdite in caso di fusione.

A conclusione del seguente elaborato vi sarà, infine, un breve caso di studio che tratterà una particolare situazione afferente alla disposizione antielusiva appena richiamata. Nello specifico verrà analizzato il caso di fusione tra due società appartenenti al medesimo consolidato fiscale con conseguente estinzione dello stesso.

---

<sup>1</sup> I. Vacca, *L'abuso e la certezza del diritto*, in Corriere Tributario n.15/2014.





## **CAPITOLO 1: ABUSO DEL DIRITTO: INQUADRAMENTO GENERALE DELLA DISCIPLINA**

1.1 Nozione di elusione: differenze tra evasione fiscale ed abuso del diritto; 1.2 Distinzione tra legittima pianificazione fiscale ed il fenomeno dell'abuso: il risparmio d'imposta; 1.3. L'evoluzione del concetto di elusione/abuso: Le principali tappe normative; 1.4 Evoluzione giurisprudenziale in tema di abuso del diritto. L'interessante cambio di posizione della Corte di Cassazione; 1.5 Il nuovo abuso del diritto ex art. 10-bis dello Statuto dei diritti del contribuente; 1.6 Interpello antiabuso come strumento di confronto tra il contribuente e l'Agenzia delle Entrate

### **1.1. NOZIONE DI ELUSIONE: DIFFERENZE TRA EVASIONE FISCALE ED ABUSO DEL DIRITTO**

L'elusione fiscale o abuso del diritto costituisce una figura che si colloca in una "zona intermedia" tra il lecito risparmio d'imposta, previsto e incentivato dal legislatore, e l'evasione fiscale, vietata e repressa anche sul piano penale.<sup>2</sup>

Questi due istituti costituiscono i contorni esterni della disciplina elusiva, "*escludendosi espressamente la possibilità di contestare e accertare l'abuso ogniqualvolta la condotta configuri un'ipotesi di lecito risparmio d'imposta o di evasione fiscale*".<sup>3</sup>

A seconda che si tratti di evasione o abuso del diritto, vi sono delle conseguenze significative che incidono direttamente sul provvedimento impositivo. L'ente impositore, negli accertamenti sull'abuso del diritto, è tenuto ad osservare una serie di principi procedurali contenuti nell'art. 10-bis della L. 212/2000.<sup>4</sup> Nello specifico, l'abuso del diritto è contrastato con apposito atto e deve essere preceduto, a pena di nullità, da una richiesta di chiarimenti da fornire entro il termine di sessanta giorni, in cui sono indicati i motivi per i quali si ritiene configurabile un abuso del diritto.<sup>5</sup> L'avviso di accertamento, inoltre, deve contenere le ragioni per cui i chiarimenti forniti dal contribuente non sono stati condivisi.

Tale procedimento deve essere osservato ogni volta l'amministrazione finanziaria intenda contrastare una condotta del contribuente che, a suo giudizio, ritiene abusiva.

---

<sup>2</sup> L'area di mezzo occupata dall'elusione rappresenta una zona grigia e residuale, così A. Contrino, *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, Bologna, 1996, 21.

<sup>3</sup> Sul punto di veda Contrino A., *La trama dei rapporti tra abuso del diritto e evasione fiscale e lecito risparmio d'imposta*, in *Diritto e pratica tributaria* 4/2016. In particolare, l'autore sostiene che il lecito risparmio d'imposta, l'abuso del diritto e l'evasione fiscale sono nozioni che attengono a piani normativi diversi e si pongono in rapporto di reciproca esclusione.

<sup>4</sup> A. Cissello, *Abuso del diritto, Accertamento e sanzioni* in Eutekne.

<sup>5</sup> La mancata risposta del contribuente non preclude la difesa in contenzioso così A. Cissello, *Abuso del diritto, Accertamento e sanzioni* in Eutekne.

Prima di analizzare le differenze esistenti tra evasione ed abuso il lettore deve chiedere chiedersi che cosa si intende con la locuzione “abuso”. A questo quesito autorevole dottrina sostiene che *“l’abuso di traduce in un comportamento contrario alle regole di condotta improntate alla buona fede in senso oggettivo; comportamento che il contribuente tiene a danno dello Stato per il raggiungimento di finalità estranee a quello che lo Stato stesso protegge con la disciplina sostanziale del rapporto d’imposta.”*<sup>6</sup>

Il divieto di abuso rappresenta una regola di condotta il cui punto focale è la buona fede oggettiva. Al contrario, il comportamento che connota l’abuso è *“l’opposto simmetrico della buona fede, dell’affidamento e della lealtà”*.<sup>7</sup>

Al fine di inquadrare correttamente la disciplina dell’elusione fiscale, occorre vagliare preliminarmente il fenomeno dell’evasione fiscale, al fine di evitare che vi sia una sovrapposizione tra queste due fattispecie. In particolare, l’evasione fiscale, pur rappresentando elementi simili con l’abuso del diritto, presenta degli elementi caratterizzanti che permettono di distinguere in maniera chiara ed univoca i due fenomeni.

Il punto di partenza è rappresentato dall’art. 10 bis, e in particolare dal comma 12, che sancisce che *“in sede di accertamento l’abuso del diritto può essere configurato solo se i vantaggi fiscali non possono essere disconosciuti contestando la violazione di specifiche violazioni tributarie.”* È lo stesso legislatore, dunque, che riconosce la distinzione tra l’elusione fiscale e l’evasione. Nell’evasione fiscale il contribuente nasconde all’Amministrazione finanziaria la ricchezza che dovrebbe essere colpita dal tributo. Questo determina un minor versamento di imposte da parte del contribuente rispetto alla situazione economica che si è concretamente verificata.<sup>8</sup> Di conseguenza, nell’evasione tributaria il reddito nascosto è un reddito concreto ed il patrimonio occultato è un patrimonio esistente.

In ugual maniera, nella fattispecie dell’elusione il contribuente versa un tributo inferiore rispetto ad un altro ma la caratteristica distintiva consiste proprio nel termine di confronto; infatti, nell’abuso è rappresentato da un’operazione che il contribuente non ha mai realizzato.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> Così Romano, *Abuso del diritto*, in Enc. Dir., I, Milano 1958. Citazione riportata da Giovannini A., in *Abuso del diritto tributario in Diritto e pratica tributaria n.3/2016*, p.895. Secondo Giovannini è questo il motivo per cui l’effetto giuridico può essere disconosciuto dall’Amministrazione finanziaria.

<sup>7</sup> Così Gallo, *La nuova frontiera dell’abuso del diritto in materia fiscale*, in *Rassegna tributaria 2015*, 1315 ss. Citazione riportata da Giovannini A., in *Abuso del diritto tributario in Diritto e pratica tributaria n.3/2016*, p.895.

<sup>8</sup> M. Beghin, *Diritto Tributario Per l’università e per la preparazione dell’esercizio delle professioni economiche-giuridiche*, Wolters Kluwer, Cedam 2018, pg. 264.

<sup>9</sup> M. Beghin, *Diritto Tributario Per l’università e per la preparazione dell’esercizio delle professioni economiche-giuridiche*, Wolters Kluwer, Cedam 2018, pg. 265.

Questo concetto a prima lettura può suscitare qualche perplessità derivante dalla necessità di comparare l'operazione effettivamente perfezionata con una che non esiste nella realtà ma che il contribuente avrebbe dovuto porre in essere secondo l'ente accertatore.

A tal proposito l'elusione può essere qualificata come un modello di tassazione "differenziale"<sup>10</sup>. La tassazione differenziale indica che il fisco liquida il tributo sull'operazione che il contribuente non ha realizzato, che costituisce l'operazione elusa, scomputando il tributo che il contribuente abbia già versato sull'operazione che in concreto è stata perfezionata. *Quindi quando l'Amministrazione finanziaria contesta elusione fiscale e accerta l'inopponibilità dei vantaggi che il contribuente si sia assicurato, essa deve argomentare l'elusione in modo chiaro, spiegando le ragioni per le quali si recupera a tassazione la differenza tra l'imposta gravante sull'operazione elusa e quella elusiva, ovvero l'operazione che il contribuente non ha realizzato ma che avrebbe dovuto realizzare secondo la linea accusatoria del fisco.*<sup>11</sup> Il punto fondamentale per comprendere appieno l'elusione tributaria è proprio la tassazione differenziale. Il contribuente realizza in concreto un'operazione ma l'Amministrazione finanziaria manda a tassazione, attraverso un proprio provvedimento impositivo, un'altra operazione, ovvero l'operazione elusa. In tale maniera, l'Amministrazione finanziaria richiede il versamento della differenza tra quanto dovuto sull'operazione elusa e quanto pagato sull'operazione elusiva.

Altra differenza consta il diverso rapporto dei due fenomeni con le norme impositive:

- l'evasione consiste nella violazione di norme realizzata attraverso condotte palesemente e volutamente contrarie ai precetti legislativi e finalizzate all'occultamento di materia imponible;
- l'abuso integra l'aggiramento di precetti normativi attraverso la realizzazione di un percorso negoziale giuridicamente valido ma che, attraverso un utilizzo distorto di strumenti giuridici mira all'ottenimento di un risparmio d'imposta non legittimo.<sup>12</sup> Nell'elusione il contribuente non viola la legge ma aggira le disposizioni attraverso la pianificata costruzione di una strategia operativa al fine di garantirsi un risparmio d'imposta, senza occultamenti della materia imponible.

Sulla distinzione tra abuso ed evasione si è espressa anche la Guardia di Finanza con la circolare n. 1/2018, dove ha osservato che, in maniera coerente con quanto detto finora, *"i verificatori, nell'ambito delle ordinarie valutazioni concernenti la sussistenza di condotte abusive dovranno sempre preliminarmente valutare - nel rispetto della previsione dettata nell'art. 10-bis,*

---

<sup>10</sup> M. Beghin, *L'elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto*, Cedam 2013, pg. 2.

<sup>11</sup> Così Beghin M., *Elusione, tassazione differenziale e impatto sulla motivazione degli avvisi di accertamento* in *Corriere Tributario* n.24/2015.

<sup>12</sup> I. Macellari e M.Nessi, *Operazioni straordinarie*, Ipsoa 2018, pg. 318.

*dodicesimo comma, della legge n. 212/2000 - se le stesse abbiano violato obblighi impositivi, procedendo, in caso positivo, sulla scorta degli ordinari strumenti di reazione previsti dall'ordinamento. L'abuso del diritto in ambito tributario non è, dunque, mai configurabile in presenza di un risparmio d'imposta illecito, ossia derivante dalla violazione di una disposizione tributaria, giacché è proprio l'esistenza di una specifica disposizione violata a segnare il confine fra condotta abusiva e comportamento evasivo. L'abuso del diritto deve, dunque, essere configurato in termini di residualità, limitatamente ai casi nei quali il vantaggio fiscale non può essere disconosciuto contestando la violazione di specifiche disposizioni tributarie.*"<sup>13</sup>

In sostanza l'abuso del diritto/elusione risulta in antitesi all'evasione: la prima si concretizza con l'aggiramento di norme attuato attraverso comportamenti ed atti palesi, alla luce del sole; la seconda identifica la violazione di precetti normativi, compiuta attraverso atti e comportamenti celati, nascosti volti a dissimulare l'effettiva ricchezza prodotta. L'evasione si contrappone all'elusione e quindi all'abuso del diritto proprio perché è la violazione, l'illecito, conseguito mediante la creazione di una realtà in apparenza divergente da quella effettiva. Qui non si può parlare di abuso perché non si tratta di aggiramento, bensì di violazione, nel senso che la norma non viene elusa quanto violata. Di conseguenza, l'evasione si realizza quando il contribuente agisce contro le disposizioni normative.

Sulla base delle osservazioni finora prodotte si può concludere che se i fatti vengono rappresentati all'Amministrazione finanziaria per quello che sono nella realtà, senza falsificazioni, simulazioni o altri artifici, si è nel campo dell'elusione fiscale e dell'abuso del diritto; per contro se i fatti vengono rappresentati al Fisco in modo difforme dalla realtà, mediante falsificazioni simulazioni oggettive o soggettive o altri artifici, si è nel campo dell'evasione fiscale.<sup>14</sup>

Più propriamente, nell'elusione i fatti sono manifestati al fisco, *“non certo gridandoli ai quattro venti, ma comunque mettendoli alla portata di qualsiasi ufficio fiscale che utilizzi una ordinaria diligenza nelle indagini; i fatti sono manifestati al fisco nel senso che sono regolarmente rendicontati dove la legge prevede, cioè nelle dichiarazioni, negli allegati, nei bilanci o nelle scritture contabili. Questo esclude già che l'elusione possa comportare una falsità materiale, intesa come falsificazione di documenti ovvero una falsità ideologica, cioè affermazione di circostanza fattuali diverse da quelle effettive”*.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> Circolare 1/2018 – *Manuale operativo in materia di contrasto all'evasione e alle frodi fiscali*, vol. III, pg. 291

<sup>14</sup> Manuali Eutekne, *Manuale delle operazioni straordinarie – IV edizione*, capitolo XXIII, Disciplina antielusiva e abuso del diritto

<sup>15</sup> Lupi R. *“Manuale professionale di diritto tributario”*, IPSOA, 1999, Milano, p. 72.

È proprio questo il punto su cui il lettore deve soffermarsi. L'evasione e l'elusione giungono al medesimo risultato di risparmio fiscale non legittimo ma vi giungono attraverso percorsi assai diversi:

- colui che evade adotta comportamenti che lo pongono in contrasto con le singole norme dell'ordinamento giuridico;
- colui che elude adotta comportamenti che, presi singolarmente, sono coerenti con le norme dell'ordinamento giuridico ad essi riferiti, ma che combinandole tra loro realizzano un risultato finale contrario all'ordinamento giuridico nel suo complesso.<sup>16</sup>

Emerge dunque la differenza sostanziale che sussiste tra le due fattispecie e, come già detto, l'abuso del diritto si può realizzare in ipotesi che non siano previamente riconducibili all'istituto dell'evasione.

Proseguendo tale ragionamento l'elusione tributaria deve essere distinta anche dalla frode e dalla simulazione, che sono alcune delle possibili modalità con le quali si attua l'evasione e pertanto l'occultamento di materia imponibile.<sup>17</sup> Nella realtà applicativa tra le condotte che possono presentare maggiore difficoltà di inquadramento tra evasione ed elusione vi sono senza dubbio quelle di tipo simulatorio.

La simulazione consiste nella rappresentazione di una volontà "formale" diversa da quella effettiva e ciò determina un minore versamento di imposta dovuta rispetto al presupposto concretamente realizzato. Vi è quindi una divergenza tra ciò che le parti dichiarano di volere e ciò che realmente vogliono. Per contro, nell'elusione vi è una coincidenza tra ciò che le parti dichiarano di volere e ciò che effettivamente vogliono. È sulla base di tale motivazione che il fenomeno dell'elusione non può essere assimilato o ricondotto a quello della simulazione.

La tendenza a confondere l'elusione con la simulazione è emersa nello specifico in relazione al tema dell'interposizione fittizia di persona.<sup>18</sup> La Corte di cassazione, con una famosa sentenza<sup>19</sup>, richiama, infatti, la "disciplina antielusiva" dell'interposizione spiegando che, affinché l'elusione per interposizione prenda corpo, è sufficiente "*un uso improprio, ingiustificato o deviante di un legittimo strumento giuridico*". Secondo i giudici, di conseguenza, l'interposizione ed elusione sarebbero la medesima cosa. Tuttavia, come sostenuto in dottrina, le due fattispecie non sono simili in quando nell'interposizione si verifica

---

<sup>16</sup> Manuali Eutekne, *Manuale delle operazioni straordinarie – IV edizione*, capitolo XXIII, Disciplina antielusiva e abuso del diritto

<sup>17</sup> Assonime, Circolare n. 21 del 4 agosto 2016 – *La disciplina sull'abuso del diritto*, pg. 8.

<sup>18</sup> Sul punto STEVANATO D., *Elusione fiscale e abuso delle forme giuridiche, anatomia di un quivoco*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2015,5, p. 10695

<sup>19</sup> Sentenza della Corte di Cassazione n. 21794 del 2014

un nascondimento all'amministrazione finanziaria di operazioni reali; per contro, nell'elusione si manda a tassazione un'operazione che non si è mai realizzata.<sup>20</sup>

La frode, invece, si collega a situazioni nelle quali il contribuente pone le basi per ostacolare l'accertamento o la qualificazione giuridica dei fatti rilevanti per l'applicazione del tributo. Il comportamento elusivo è un comportamento estremamente complesso che consiste nella modalità attraverso cui un contribuente, mediante l'uso distorto delle norme e l'adozione di strategie finalizzate ad aggirare gli obblighi impositivi, pur non violando alcuna disposizione normativa viola la ratio della norma o "spirito della legge", ottenendo così un indebito risparmio d'imposta.<sup>21</sup>

In definitiva, *l'abuso deve restare ben distinto dalla fattispecie di evasione e, conseguentemente, dovrà essere ricondotto a un numero di ipotesi molto limitato, venendo quindi il cd. fenomeno di "abuso dell'abuso".*<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> M. Beghin, L'interposizione fittizia di persona e l'evasione elusiva: spunti per la sistemazione della materia, in Corriere Tributario n.47/2014, p. 3613 e ss.

<sup>21</sup> F. Tesauro, Compendio di diritto tributario, Wolters Kluwer Italia, 2016, pg. 147

<sup>22</sup> Miele L., Abuso del diritto distinto dalla fattispecie di evasione, in Corriere Tributario n.4/2015

## 1.2 DISTINZIONE TRA LEGITTIMA PIANIFICAZIONE FISCALE ED IL FENOMENO DELL'ABUSO: IL RISPARMIO D'IMPOSTA

Per comprendere appieno lo spazio d'operatività dell'abuso risulta necessario spiegare il labile confine che sussiste tra l'abuso del diritto e la legittima pianificazione fiscale.

Attraverso la pianificazione fiscale il contribuente cerca di diminuire il carico tributario e, se possibile, di eliminarlo. Si fa riferimento all'insieme di pratiche volte ad ottimizzare l'onere fiscale<sup>23</sup>, ad esempio optando per un regime di tassazione piuttosto che un altro, muovendosi nell'ambito della legalità, cioè godendo delle opportunità contenute nella normativa fiscale, esplicitamente previste dal legislatore. Per inciso, situazioni nelle quali i fatti sono integralmente rappresentati al Fisco e ben qualificati sul piano giuridico, pur nel contesto di una sequenza operativa che permette di ridurre l'onere impositivo rispetto a operazioni capaci di garantire un analogo risultato. Bisogna infatti partire dal presupposto *“che il contribuente, posto di fronte all'eventualità dell'onere tributario, cercherà di mettere in azione, come in qualsiasi altra circostanza, un comportamento razionale che gli permetta di massimizzarne l'utilità.”*<sup>24</sup>

La pianificazione fiscale è attività perfettamente legittima, anzi essenziale nell'ambito di una accorta programmazione di gestione. Risulta legittima in quanto, nessuna disposizione obbliga il contribuente a scegliere l'operazione fiscalmente più onerosa. Anzi il legislatore ha voluto chiarire che, ai sensi del comma 4 dell'articolo 10-bis dello Statuto dei diritti del contribuente, *“resta ferma la libertà di scelta del contribuente tra regimi opzionali diversi offerti dalla legge e tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale.”*

Questa precisazione effettuata dal legislatore può sembrare scontata, o addirittura superflua, ma non è così. Fino all'inserimento dell'art. 10-bis, difatti, il legittimo risparmio d'imposta aveva trovato spazio solamente nella Relazione di accompagnamento all'introduzione dell'art. 37-bis, dove veniva chiarito che si ha legittimo risparmio d'imposta *“quando tra vari comportamenti posti dal sistema fiscale su un piano di pari dignità, il contribuente adotta quello fiscalmente meno oneroso”*. Con la nuova disciplina sull'abuso del diritto, invece, il legittimo risparmio d'imposta trova una collocazione positiva nella norma riconoscendo il diritto al contribuente di perseguire legittimamente un risparmio di imposta, esercitando la propria libertà di iniziativa

---

<sup>23</sup> Chinellato G., Codificazione tributaria e abuso del diritto, Cedam 2007, pg. 164. *Per onere fiscale si intende non solo quello derivante dal pagamento del tributo, ma anche quello relativo agli adempimenti strumentali al pagamento e quello, di natura finanziaria, connesso all'eventuale discostarsi dal momento dell'effettivo pagamento e del rimborso, rispetto a quello in cui l'adempimento avrebbe dovuto essere eseguito.*

<sup>24</sup> Chinellato G., Codificazione tributaria e abuso del diritto, Cedam 2007, pg. 164.

economica, attraverso la scelta di effettuare le operazioni meno onerose sotto il profilo impositivo, senza che questo comporti, di per sé, un'ipotesi di abuso.<sup>25</sup>

In presenza di regimi fiscali che il sistema proponga come strutturalmente alternativi, il contribuente può decidere di realizzare l'operazione più conveniente sotto il profilo fiscale.<sup>26</sup>

Infatti, il diritto di pianificare è saldamente legato all'art. 41 della Costituzione che sancisce il principio della libertà di iniziativa economica ed è chiaro che la pianificazione non potrebbe non riguardare anche i profili fiscali.

Al contrario il contribuente si troverebbe ad essere obbligato a scegliere sempre l'alternativa più onerosa, al fine di evitare l'accusa di elusione fiscale o di violazione del principio dell'abuso del diritto.<sup>27</sup> La norma antielusiva non può quindi vietare la scelta tra una serie di possibili comportamenti cui il sistema fiscale attribuisce pari dignità di quello fiscalmente meno oneroso.<sup>28</sup>

La libertà di pianificare la propria attività trova però un limite nelle disposizioni antielusive, le quali si caratterizzano per l'impedire al soggetto passivo l'acquisizione di vantaggi implicitamente disapprovati dal sistema. Ai sensi del comma 1 dell'articolo 10-bis dello Statuto dei diritti del contribuente *“configurano abuso del diritto uno o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti.”*

Tale nozione trova fondamento nella realizzazione di un risparmio d'imposta mediante operazioni prive di sostanza economica, intendendo per tali le operazioni che sono inidonee a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali. Costituisce, dunque, condotta abusiva il comportamento di un soggetto che, pur esercitando un proprio diritto espressamente riconosciuto dalla legge, non persegue un fine meritevole da parte dell'ordinamento ma, viceversa, realizza un obiettivo contrario a quelli che sono i principi dell'ordinamento. Si tratta in questo caso di un risparmio d'imposta che contrasta con lo spirito del sistema.

---

<sup>25</sup> Carinci A., *La difficile affermazione del legittimo risparmio d'imposta quale limite negativo dell'abuso del diritto*, in *Il fisco*, n.43/2018, pg. 4107.

<sup>26</sup> M. Beghin, *L'elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto*, Cedam 2013, pg. 4.

<sup>27</sup> M. BEGHIN, *I principi "immanenti", poco "immanenti", "inesistenti" e i "rabbdomanti" dell'abuso del diritto*, in *Corriere tributario*, 2013,30, p. 2347 ss. Nell'articolo citato risulta chiara la posizione il diritto di pianificazione fiscale che ha il contribuente. Alla domanda se "nel nostro ordinamento giuridico e, segnatamente, in quel disordinato e caotico coacervo di disposizioni che noi chiamiamo < sistema fiscale > il contribuente può legittimamente sfruttare i differenziali di aliquota?" viene data risposta affermativa. È lapalissiano dunque che "il contribuente ha certamente il diritto di pianificare le proprie attività e, nel procedere in tale direzione, egli può anche tenere conto dei carichi fiscali che la legge abbia ricollegato a questa oppure a quella fattispecie economica". Tutto ciò ha però un limite che è rappresentato dal "conseguimento di vantaggi fiscali contrari al sistema e, *de plano*, dal medesimo sistema disapprovati."

<sup>28</sup> Miele L., *Abuso del diritto distinto dalla fattispecie di evasione*, in *Corriere Tributario* n.4/2015.



Per chiarire meglio tale aspetto, *“la scelta di una condotta alternativa a un’altra, anche se quella prescelta dovesse essere più tortuosa e giustificata solo dal risparmio fiscale, non può costituire abuso – e non può quindi, essere aggredita dall’Amministrazione – ove il diverso trattamento abbia una sua giustificazione di sistema e/o alla luce della capacità contributiva correlata: in tale caso, il risparmio fiscale, lungi dal poter essere qualificato come indebito, è non irragionevole.”*<sup>29</sup>

In sostanza la nozione chiave è che non vi è aggiramento fintanto che il contribuente si limita a scegliere tra due alternative che in modo strutturale e fisiologico l’ordinamento gli mette a disposizione.

Nella pratica professionale la pianificazione fiscale potrà condurre dunque sia a vantaggi fiscali leciti sia a vantaggi fiscali che il sistema disapprova. Ed è proprio in questo sottile spazio che si può configurare l’elusione fiscale. Più precisamente, ricollegandosi a quanto detto nel paragrafo precedente, l’elusione si colloca in uno spazio residuale tra le ipotesi di violazione delle norme fiscali (evasione) e il libero perseguimento del legittimo risparmio d’imposta.<sup>30</sup>

*“Di conseguenza quando il contribuente adotta dei percorsi giuridici a cui le norme fiscali riconoscono espressamente un trattamento fiscale di maggior favore rispetto ad altri, equivalenti per effetti economici e/o giuridici conseguibili, si rientra nel legittimo risparmio d’imposta. Per contro, nel caso in cui il percorso giuridico adottato si poni in contrasto con le finalità della disciplina cui fa riferimento, allora si rientra nella fattispecie dell’abuso. Questo presupposto identifica la natura indebita del vantaggio tributario conseguito.”*<sup>31</sup>

In particolare, la relazione illustrativa evidenzia in modo chiaro che l’art. 10-bis, comma 4, dello Statuto dei diritti del contribuente, costituisce un *“principio generale secondo cui il contribuente può legittimamente perseguire un risparmio di imposta esercitando la propria libertà di iniziativa economica e scegliendo, tra gli atti o fatti e i contratti quelli meno onerosi sotto il profilo impositivo. La norma sottolinea, quindi, che l’unico limite alla suddetta libertà è costituito dal divieto di perseguire un vantaggio fiscale indebito. Da qui la già sottolineata*

---

<sup>29</sup> Contrino A., *La trama dei rapporti tra abuso del diritto e evasione fiscale e lecito risparmio d’imposta*, in *Diritto e pratica tributaria* 4/2016. Nell’articolo viene proposto il seguente esempio: assumendo come tributo il pedaggio autostradale si può notare la differenza tra l’ipotesi a) di chi, per viaggiare tra due località servite dall’autostrada, scelga un percorso attraverso una tortuosa strada provinciale, e l’ipotesi b) di chi, assunto che le autoambulanze non pagano il pedaggio, usi una autolettiga per trasportare le proprie merci in autostrada. Nella prima ipotesi il risparmio del pedaggio è giustificato dal fatto che non si usi l’autostrada mentre nella seconda ipotesi il risparmio del pedaggio contrasta con la *ratio* della esenzione, che è quella di non far pagare i trasporti effettuati per urgenti necessità sanitarie e di soccorso. Solo nella seconda ipotesi ricorre un risparmio indebito e può ricorrere un abuso: nella prima, il mancato pagamento del pedaggio autostradale configura un lecito risparmio.

<sup>30</sup> Assonime, Circolare n. 21 del 4 agosto 2016 – *La disciplina sull’abuso del diritto*

<sup>31</sup> I. Macellari e M.Nessi, *Operazioni straordinarie*, Ipsa 2018, pg. 317.

*delicatezza dell'individuazione delle rationes delle norme tributarie ai fini della configurazione dell'abuso.*"

A sostegno di tutto ciò, Assonime<sup>32</sup> spiega che l'abuso presenta dei requisiti che lo differenziano rispetto al legittimo risparmio d'imposta. Come primo punto, nel caso di abuso, l'operazione costruita dal contribuente risulta in contrasto con le finalità della relativa disciplina al contrario dell'evasione; in secondo luogo l'operazione deve risultare artificiosa. Questo comporta che oltre alla contraddizione del risultato conseguito dal contribuente rispetto alla ratio istitutiva di una disciplina risulta necessaria anche l'assenza di ragioni extrafiscali significative.<sup>33</sup>

In conclusione, con la definizione riportata all'art. 10-bis, ed in particolare al comma 4, sembra esserci validi elementi per operare la distinzione tra questi due istituti. Tuttavia bisogna considerare che *"l'elusione non è un problema puramente tecnico-giuridico, ma è un fenomeno influenzato anche dalla sfera ideologica, dalla sensibilità degli interpreti e dal grado di evoluzione raggiunto dall'ordinamento. Di conseguenza la zona grigia fra elusione e lecito risparmio d'imposta appare storicamente mutevole e sfuggente."*<sup>34</sup>

Tale confine risulta, dunque, di non facile identificazione quando viene applicato a fattispecie concrete.

---

<sup>32</sup> Assonime, Circolare n. 21 del 4 agosto 2016 – *La disciplina sull'abuso del diritto*, pg. 39

<sup>33</sup> Questo secondo aspetto verrà approfondito successivamente nel paragrafo dedicato alle ragioni extrafiscali significative.

<sup>34</sup> Chinellato G., *Codificazione tributaria e abuso del diritto*, Cedam 2007, pg. 177.

### **1.3 L'EVOLUZIONE DEL CONCETTO DI ELUSIONE/ABUSO: LE PRINCIPALI TAPPE NORMATIVE**

La storia dell'elusione fiscale è stata caratterizzata dalla "ricerca di un soddisfacente punto di equilibrio tra due esigenze contrapposte, entrambe afferenti la giustizia del tributo. La prima esigenza è applicare il tributo a tutte le situazioni equivalenti mentre la seconda consiste nel rendere prevedibile l'applicazione del tributo per chi la deve subire".<sup>35</sup>

Fino alla riforma del 2016, il legislatore ha dato corso alla seconda esigenza in nome della giusta applicazione, rivedendosi nel nostro ordinamento solo norme antielusive specifiche codificanti fattispecie tipizzate tassativamente.<sup>36</sup>

Ad oggi l'elusione fiscale nel nostro ordinamento viene combattuta sia attraverso specifiche disposizioni di legge sia attraverso una norma generale rappresentata dall'art. 10-*bis* inserita nello Statuto dei diritti dei contribuenti. Prima di analizzare tale disposizione risulta utile ricostruire l'exkursus normativo che vi è stata in tema di contrasto all'elusione.

#### **1.3.1 L'ART. 10 DELLA LEGGE 408/1990 COME STRUMENTO DI CONTRASTO ALL'ELUSIONE FISCALE**

La prima disposizione introdotta dal legislatore con il fine di combattere il fenomeno elusivo è l'art. 10 della legge 29 dicembre 1990, n.408, secondo il quale "*è consentito all'amministrazione finanziaria disconoscere i vantaggi tributari conseguiti in operazioni di concentrazione, trasformazione, scorporo, cessione di azienda, riduzione del capitale, liquidazione, valutazione di partecipazioni, cessioni di crediti e cessione o valutazione di valori mobiliari poste in essere senza valide ragioni economiche allo scopo esclusivo di ottenere fraudolentemente un risparmio di imposta.*"

È con tale articolo che per la prima volta si cerca di contrastare i comportamenti abusivi, limitatamente, però, alle operazioni straordinarie di gestione dell'impresa. Si introdusse il concetto di comportamento fraudolento rivolto ad ottenere un risparmio d'imposta e venne sanzionata proprio quel comportamento. "*Inizia così ad affiorare, in maniera esplicita, il concetto d'abuso.*"<sup>37</sup>

La disposizione richiamata consentiva, dunque, all'Amministrazione finanziaria di disconoscere i vantaggi fiscali derivanti da una tassativa serie di operazioni poste in essere

---

<sup>35</sup> A. Contrino, A. Marcheselli, L'abuso del diritto tra esigenza di uniformità e di giustizia del tributo: i profili strutturali, in *Abuso del diritto e novità sul processo tributario*. Commento al d.lgs 5 agosto 2015, n.128 e al d.lgs. 24 settembre 2015, n.156, Milano, Ipsoa ed., 2016,6.

<sup>36</sup> E. Manoni, *Il lungo cammino dell'abuso del diritto/elusione fiscale: la presenza di una norma di legge (art. 37-bis del D.P.R. n. 600 del 1973) non giustifica la sanzionabilità amministrativa della condotta*, in *Diritto e pratica tributaria* n.1/2019, pg. 248.

<sup>37</sup> Giovannini A., in *Abuso del diritto tributario* in *Diritto e pratica tributaria* n.3/2016, p.899.

senza valide ragioni economiche, ed allo scopo esclusivo di ottenere fraudolentemente un risparmio di imposta.

La conseguenza non era la nullità del negozio, bensì l'inopponibilità dell'operazione elusiva nei confronti dell'amministrazione finanziaria.

Tale norma ha avuto scarso seguito applicativo *“non solo per gli angusti limiti operativi che la connotavano, ma anche per i pressoché insormontabili oneri probatori incombenti sull'amministrazione onde dimostrare il carattere fraudolento<sup>38</sup> dell'operazione posta in essere dal contribuente nel caso concreto.”*<sup>39</sup>

### **1.3.2 L'ART. 37-BIS DEL D.P.R. 600/1973**

Al fine di colmare le limitazioni intrinseche della disposizione di cui all'art. 10, della legge 408/1990, e per porre rimedio ai dubbi interpretativi che questa poneva, il legislatore intervenne introducendo nel nostro ordinamento nell'ambito delle imposte sui redditi l'art. 37-bis, D.P.R. 29 settembre 1973, n.600 (ora abrogato). Tale articolo sanciva che *“sono inopponibili all'Amministrazione finanziaria gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro, prive di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario, e a ottenere riduzioni d'imposte o rimborsi, altrimenti indebiti”*.

Tale disposizione si applicava a condizione che si fosse verificata un'operazione tra quelle indicate nel terzo comma, ovvero:

- a) trasformazioni, fusioni, scissioni, liquidazioni volontarie e distribuzioni ai soci di somme prelevate da voci del patrimonio netto diverse da quelle formate con utili;*
- b) conferimenti in società, nonché' negozi aventi ad oggetto il trasferimento o il godimento di aziende;*
- c) cessioni di crediti;*
- d) cessioni di eccedenze d'imposta;*
- e) operazioni di cui al decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 544, recante disposizioni per l'adeguamento alle direttive comunitarie relative al regime fiscale di fusioni, scissioni,*

---

<sup>38</sup> Come sostenuto in dottrina, in particolare E. Manoni, op. cit., “il concetto di fraudolenza richiama alla mente un contegno che si traduce nella sottrazione agli obblighi comunicazione e di documentazione di volta in volta previsti e, quindi, evoca un modus operandi oggettivo contraddistinto da costruzioni molto complesse ed artificiose e, per tal ragione marcatamente evasivo ben lontano, quindi, dai tratti caratterizzanti dell'elusione: siffatto avverbio, pertanto, svuota il contenuto del precetto normativo, originando “smagliature” nel sistema e deformazioni applicativi.” Inoltre, l'avverbio fraudolentemente poneva la questione se, per la realizzazione della fattispecie elusiva, fosse necessaria o meno la tenuta di un comportamento fraudolento secondo la nozione penalistica così Vacca I., L'abuso e la certezza del diritto in Corriere Tributario n.15/2014.

<sup>39</sup> P. Russo, *Profili storici e sistematici in tema di elusione ed abuso del diritto in materia tributaria: spunti critici e ricostruttivi* in Diritto e pratica tributaria n.1/2016.

*conferimenti d'attivo e scambi di azioni, nonché' il trasferimento della residenza fiscale all'estero da parte di una società;*

*f) operazioni, da chiunque effettuate, incluse le valutazioni e le classificazioni di bilancio, aventi ad oggetto i beni e i rapporti di cui all'articolo 81, comma 1, lettere da c) a c-quinquies), del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917;*

*f-bis) cessioni di beni e prestazioni di servizi effettuate tra i soggetti ammessi al regime della tassazione di gruppo di cui all'articolo 117 del testo unico delle imposte sui redditi;*

*f-ter) pagamenti di interessi e canoni di cui all'art. 26-quater, qualora detti pagamenti siano effettuati a soggetti controllati direttamente o indirettamente da uno o più soggetti non residenti in uno Stato dell'Unione europea;*

*f-quater) pattuizioni intercorse tra società controllate e collegate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, una delle quali avente sede legale in uno Stato o territorio diverso da quelli di cui al decreto ministeriale emanato ai sensi dell'articolo 168-bis del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, aventi ad oggetto il pagamento di somme a titolo di clausola penale, multa, caparra confirmatoria o penitenziale.*

Dunque, la norma era indirizzata a contrastare solamente determinate operazioni. La norma antielusiva aveva una valenza “quasi-generale”, poiché circoscritta alle fattispecie di cui al comma 3 sopra elencate. Infatti, le fattispecie soprariportate erano ritenute di maggior pericolosità ed erano quelle che venivano usate con maggiore frequenza per scopi elusivi.

La disposizione introdotta dal legislatore presentava sicuramente dei punti di svolta notevoli rispetto al passato. Infatti, era stato eliminato qualsiasi riferimento alla “fraudolenza” e tale assenza testimonia l’intento del legislatore di chiarire il ruolo che compete all’elusione fiscale all’interno del sistema.<sup>40</sup>

Tuttavia, il sistema tracciato dall’art. 37-bis presentava anche delle carenze significative; nello specifico la limitata portata della norma applicava, in quanto si applicava solamente in un numero circoscritto di casi, seppur numeroso.

---

<sup>40</sup> . Manoni, *Il lungo cammino dell’abuso del diritto/elusione fiscale: la presenza di una norma di legge (art. 37-bis del D.P.R. n. 600 del 1973) non giustifica la sanzionabilità amministrativa della condotta*, in *Diritto e pratica tributaria* n.1/2019.

#### **1.4 EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE IN TEMA DI ABUSO DEL DIRITTO. L'INTERESSANTE CAMBIO DI POSIZIONE DELLA CORTE DI CASSAZIONE**

Il tema dell'elusione e dell'abuso del diritto in materia tributaria è stato oggetto di un ampio dibattito, sia ad opera della dottrina, sia da parte della giurisprudenza.

Di fronte all'art. 37-bis che riportava una disposizione così limitata, ci si è posti l'esigenza di stabilire quali effetti si sarebbero prodotti alle operazioni non rientranti nel campo di applicazione della norma. Per quanto riguarda l'orientamento giurisprudenziale si segnala un percorso evolutivo in più tappe.<sup>41</sup>

Prima del "famoso trittico di sentenze della Corte di Cassazione del 2008" si riteneva pacifico che nell'ordinamento italiano non ci fosse un principio generale antielusivo.<sup>42</sup>

In una prima fase prevalse una teoria garantista, secondo la quale, le fattispecie non espressamente menzionate dal comma 3 non rientravano nella disciplina dell'art. 37-bis e pertanto risultava problematico andare a colpire quelle fattispecie escluse. I giudici di legittimità ritenevano inizialmente legittime le contestazioni di elusione fiscale connesse ad operazioni non indicate nel 3 comma dell'art. 37-bis, utilizzando schemi argomentativi incentrati sull'affermazione in via incidentale della nullità civilistica dei contratti per mancanza "di causa in concreto" o "per frode alla legge".<sup>43</sup>

Successivamente lo scenario cambiò grazie alle prese di posizione della Corte di Giustizia<sup>44</sup> e Corte di Cassazione.

La corte di Giustizia UE con la famosa sentenza Halifax<sup>45</sup> ha declinato in chiave interpretativa il divieto di abuso del diritto con riferimento alle disposizioni riguardanti l'IVA; in tale sentenza venne esposto che "poiché possa parlarsi di un comportamento abusivo, le operazioni controverse devono, nonostante l'applicazione formale delle condizioni previste dalle pertinenti disposizioni della VI Direttiva e dalla legislazione nazionale che la traspone, portare ad ottenere un vantaggio fiscale la cui concessione sarebbe contraria all'obiettivo perseguito da queste stesse disposizioni. Non solo. Deve altresì risultare da un insieme di elementi oggettivi che lo scopo delle operazioni controverse è essenzialmente di un vantaggio fiscale."

---

<sup>41</sup> F. Gallo, *L'abuso del diritto in materia fiscale nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Rassegna tributaria*, 2016, p. 837.

<sup>42</sup> G. Corasaniti, *Il dibattito sull'abuso del diritto o elusione nell'ordinamento tributario*, in *Diritto e pratica tributaria* n.2/2016, p.465 e ss.

<sup>43</sup> G. Ingraò, *L'evoluzione dell'abuso del diritto in materia tributaria: un approdo con più luci che ombre* in *Diritto e Pratica tributaria* n.4/2016 p. 1440.

<sup>44</sup> Con riferimento ai tributi armonizzati operano i principi comunitari elaborati dalla giurisprudenza comunitaria.

<sup>45</sup> Causa C-255/02 Halifax del 21 febbraio 2006, punti 74 e 75.

Inoltre, la Corte di Giustizia<sup>46</sup> ha previsto che lo strumento predisposto dal legislatore comunitario per contrastare l'abuso del diritto è l'inopponibilità.

In sostanza viene affermato che non hanno efficacia nei confronti dell'amministrazione finanziaria quegli atti, posti in essere dal contribuente, che costituiscono "abuso di diritto", ossia che si traducano in operazioni compiute essenzialmente per il conseguimento di un vantaggio fiscale.

Per questo tale sentenza rappresenta la decisione che ha avuto maggiore interesse nella definizione "dell'abuso del diritto", nella prospettiva di principio sostitutivo nel nostro ordinamento tributario, laddove non possano essere utilizzate le circoscritte fattispecie antielusive.<sup>47</sup>

A seguito di questa sentenza ha fatto seguito una prima fase, in cui la Corte di Cassazione ha ritenuto recepire il principio emergente dalla giurisprudenza comunitaria<sup>48</sup> e abbandonando i concetti civilistici di nullità e frode alla legge. Nello specifico, con la sentenza n.21221 del 29 settembre 2006, la Corte ha ritenuto applicabile il principio comunitario antiabuso elaborato dalla Corte di Giustizia, e chiari che *"il principio secondo cui non sono opponibili all'Amministrazione finanziaria gli atti che costituiscano abuso del diritto trova applicazione in tutti i settori dell'ordinamento tributario e dunque anche nell'ambito delle imposte dirette"*<sup>49</sup>

In un secondo momento, con alcune sentenze pronunciate a sezioni unite nel corso del 2008<sup>50</sup>, la Corte ha affermato il principio di "divieto di abuso del diritto".<sup>51</sup> Quindi, a partire da tali sentenze la Corte di Cassazione ha sfruttato la sponda della giurisprudenza europea per affermare un divieto generale di abuso del diritto, cioè il divieto di utilizzare le norme fiscali presenti nel nostro ordinamento per realizzare scopi diversi da quelli per cui sono state introdotte.<sup>52</sup>

Riprendendo le parole testuali della sentenza della Corte *"non può non ritenersi insito nell'ordinamento, come diretta derivazione delle norme costituzionali, il principio secondo cui il contribuente non può trarre indebiti vantaggi fiscali dell'utilizzo distorto, pur se non*

---

<sup>46</sup> Causa C-255/02 Halifax del 21 febbraio 2006 punto 94 recita "Ne discende che operazioni implicate in un comportamento abusivo devono essere ridefinite in maniera da ristabilire la situazione quale sarebbe esistita senza le operazioni che quel comportamento hanno fondato."

<sup>47</sup> E. Manoni, *Il lungo cammino dell'abuso del diritto/elusione fiscale: la presenza di una norma di legge (art. 37-bis del D.P.R. n. 600 del 1973) non giustifica la sanzionabilità amministrativa della condotta*, in *Diritto e pratica tributaria* n.1/2019, p. 252.

<sup>48</sup> M. Miscali, *Contributo allo studio dell'abuso del diritto tributario*, in *Diritto e pratica tributaria* n.4/2017 p.1387.

<sup>49</sup> G. Corasaniti, *Il dibattito sull'abuso del diritto o elusione nell'ordinamento tributario*, in *Diritto e pratica tributaria* n.2/2016, p.465 e ss.

<sup>50</sup> Le cosiddette "sentenze gemelle" della Cass., SSUU, nn. 30055, 30056, 30057

<sup>51</sup> M. Beghin, *L'elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto*, Cedam 2013, pg. 21.

<sup>52</sup> G. Ingraio, *L'evoluzione dell'abuso del diritto in materia tributaria: un approdo con più luci che ombre* in *Diritto e Pratica tributaria* n.4/2016 p. 1441.

*contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustificano l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quel risparmio fiscale”.*

Si è ritenuto, in sostanza, presente nel nostro ordinamento tributario un generale principio antielusivo, la cui fonte non va ritrovata nella giurisprudenza comunitaria, ma di diretta derivazione dalle norme costituzionali. Si ritrova, infatti, nei principi costituzionali che informano l'ordinamento tributario italiano, segnatamente nell'art. 53 della Costituzione che afferma i principi di capacità contributiva e di progressività dell'imposizione. Essi a parere della Corte di Cassazione “*costituiscono il fondamento sia delle norme impositive in senso stretto, sia quelle che attribuiscono al contribuente vantaggi o benefici di qualsiasi genere, essendo anche tali ultime norme evidentemente finalizzate alla più piena attuazione di quei principi*”.<sup>53</sup> Negli ultimi anni si è consolidata la giurisprudenza della Corte di Cassazione che individua nell'art. 53 della Costituzione il fondamento positivo dell'abuso del diritto, al fine di contrastare le operazioni societarie il cui scopo determinante sia il conseguimento di un risparmio fiscale indebito.<sup>54</sup>

Quindi, già prima di giungere all'art. 10-bis la giurisprudenza aveva ritenuto esistente nel nostro ordinamento, a prescindere dall'art. 37-bis, una clausola generale antiabuso non scritta, ossia un divieto generale di abuso del diritto fiscale.<sup>55</sup>

Attraverso tale stratagemma, la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha plasmato un autonomo principio dell'abuso del diritto in ambito interno, funzionale a rendere inopponibili all'amministrazione finanziaria tutte quelle fattispecie che, seppur escluse dal perimetro applicativo dell'art. 37-bis, perseguivano vantaggi fiscali indebiti.<sup>56</sup>

Dall'altra parte questo però porto dell'incertezza in campo fiscale agli operatori economici. E tale incertezza era dovuta dalla non chiara individuazione dei presupposti costitutivi dell'abuso. Veniva lasciato al giudice la decisione se un'operazione al di fuori del campo di applicazione dell'art. 37-bis potesse essere considerata elusiva o meno.

Dopo tali sentenze, le pronunce che si sono susseguite hanno abbracciato le fattispecie più disperate, e hanno finito per accordare ai giudici di merito poteri di riqualificazione dei fatti dedotti in causa, ancorché non configuranti come abusivi dell'amministrazione.<sup>57</sup>

---

<sup>53</sup> M. Miscali, *Contributo allo studio dell'abuso del diritto tributario*, in *Diritto e pratica tributaria* n.4/2017 p.1387.

<sup>54</sup> G. Corasaniti, *Il dibattito sull'abuso del diritto o elusione nell'ordinamento tributario*, in *Diritto e pratica tributaria* n.2/2016, p.465 e ss

<sup>55</sup> F. TESAURO, *Compendio di diritto tributario, Parte generale*, Milano, Utet giuridica, 2016.

<sup>56</sup> DEL FEDERICO L., *Elusione e illecito tributario*, in *Corriere Tributario* n.39/2006

<sup>57</sup> Giovannini A., in *Abuso del diritto tributario* in *Diritto e pratica tributaria* n.3/2016, p.901.



L'art. 37-bis aveva ridotto di molto la sua importanza andando a ricoprire un ruolo marginale. Rappresentava, in sostanza, soltanto una specificazione del principio generale che la Cassazione aveva ritenuto immanente al sistema.

Nonostante l'inevitabile sforzo della giurisprudenza per contrastare il fenomeno dell'elusione tale soluzione interpretativa non era molto condivisa. Tant'è vero che *“la tesi della Cassazione è stata oggetto di accese critiche della prevalente dottrina in quanto ha determinato l'estensione del campo di applicazione dell'art. 37-bis, e quindi l'attribuzione di un potere di rettifica all'Ufficio impositore, al di fuori di un procedimento legislativo, ledendo il principio di legalità dell'azione amministrativa e di certezza del diritto.”*<sup>58</sup>

Era necessario l'intervento del legislatore per porre rimedio a tali difficoltà interpretative.

---

<sup>58</sup> G. Ingraio, *L'evoluzione dell'abuso del diritto in materia tributaria: un approdo con più luci che ombre* in *Diritto e Pratica tributaria* n.4/2016.

## **1.5 IL NUOVO ABUSO DEL DIRITTO EX ART. 10-BIS DELLO STATUTO DEI DIRITTI DEL CONTRIBUENTE**

Con l'obiettivo di porre fine ai dubbi interpretativi in tema di elusione fiscale, il legislatore è intervenuto con la legge delega n.23 dell'11 marzo 2014 avente come titolo "disposizioni per un sistema fiscale più equo, trasparente e orientato alla crescita". Con specifico riferimento all'abuso del diritto, la legge ha cercato di garantire maggiore certezza superando le carenze normative contenute nella precedente normativa antielusiva, disciplinata dall'art. 37-bis del D.P.R. 29 settembre 1973, n.600.

Con l'articolo 5, recante il titolo "*Disciplina dell'abuso del diritto ed elusione fiscale*", il legislatore si era posto lo scopo di definire in maniera univoca una clausola antiabuso generale.<sup>59</sup> Insieme a questo obiettivo, vi era la volontà di ribadire che la condotta abusiva è contraria al principio di buona fede e al dovere di reciproca lealtà tra Amministrazione finanziaria e contribuente.

In attuazione della legge delega, e sulla base delle indicazioni contenute nella raccomandazione della Commissione Europea sulla pianificazione fiscale aggressiva n. 2012/772/UE del 6 dicembre 2012, il Governo ha voluto modificare la nozione precedente in tema di elusione introducendo con il D.lgs. 5 agosto 2015 n. 128 recante "disposizioni sulla certezza del diritto nei rapporti tra Fisco e contribuente", l'articolo 10-bis nella legge 212 del 2000, c.d. Statuto dei Diritti del Contribuente.

Come sostenuto in dottrina "*con l'introduzione nell'art. 10-bis dello Statuto del contribuente la figura dell'abuso ha cessato di essere una costruzione giurisprudenziale, pur con nobili radici costituzionali ed europee, per entrare formalmente nell'alveo delle fattispecie legali, in quanto tipizzata dal legislatore.*"<sup>60</sup>

In via preliminare, dal punto di vista della collocazione dell'istituto nell'ordinamento, la disciplina dell'abuso del diritto è stata inserita in un apposito nuovo articolo, l'art. 10-bis della legge 27 luglio 2000, n.212, ovvero all'interno dello Statuto dei diritto del contribuente.

Nella relazione illustrativa al provvedimento si legge che "l'inserimento di questa disciplina nell'ambito dello Statuto dei diritti del contribuente conferisce ad essa la forza di principio preordinato alle regole previste nelle discipline dei singoli tributi, come è stato più volte riconosciuto dalla Corte di cassazione relativamente alle altre disposizioni contenute nello Statuto".

---

<sup>59</sup> Valida per ogni tributo non armonizzato e svincolata dall'elenco delle operazioni contemplate nell'art. 37-bis

<sup>60</sup> Contrino A., La trama dei rapporti tra abuso del diritto e evasione fiscale e lecito risparmio d'imposta, in Diritto e pratica tributaria 4/2016.

Tale collocazione risulta anche strumentale rispetto agli obiettivi posti dalla norma; in particolare si è voluto far riconoscere la valenza generale del nuovo istituto a tutti i tributi, sia quelli diretti sia quelli indiretti, fatta salva la disciplina doganale.

Come sostenuto in dottrina<sup>61</sup>, la nuova norma di abuso configura in modo chiaro la disciplina dell'abuso del diritto come norma di chiusura del sistema, che può trovare applicazione in sede di accertamento, solo se i vantaggi fiscali non possono essere contestati utilizzando le altre disposizioni vigenti. Di conseguenza, se una fattispecie configura una frode, una simulazione o una interposizione va perseguita con gli strumenti, anche penali, che l'ordinamento tributario già offre senza invocare l'abuso del diritto.

Come si avrà modo di vedere nel proseguo della trattazione, la nozione di abuso/elusione introdotto con l'ultima riforma, è dotata di maggiore chiarezza rispetto al passato e costituisce sicuramente un passo in avanti verso la certezza del diritto.

### **1.5.1 I PRESUPPOSTI COSTITUTIVI DELL'ABUSO DEL DIRITTO**

La nozione di abuso/elusione è sinteticamente enunciata nel comma 1 del nuovo art. 10-bis dello Statuto, dove si legge 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 opponibili all'amministrazione finanziaria, che ne disconosce i vantaggi determinando i tributi sulla base delle norme e dei principi elusi e tenuto conto di quanto versato dal contribuente per effetto di dette operazioni.”*

Pertanto, i presupposti costitutivi dell'abuso del diritto possono essere riassunti in:

- realizzazione di un indebito vantaggio fiscale;
- mancanza di sostanza economica nelle operazioni effettuate;
- la natura essenziale di un indebito vantaggio conseguito.

Si tratta di presupposti costitutivi che si ritrovano anche nella Raccomandazione della Commissione del 6 dicembre 2012 sulla pianificazione fiscale aggressiva, alla quale fanno riferimento i principi e criteri direttivi della legge delega.

Tramite diverse risoluzioni, l'Agenzia delle Entrate ha precisato che l'assenza di uno dei tre presupposti costitutivi dell'abuso determina un giudizio di assenza di abusività.<sup>62</sup> Pertanto, questi presupposti devono necessariamente sussistere contestualmente per configurare la fattispecie di abuso del diritto.

Ne consegue che, a livello applicativo, occorre preliminarmente procedere alla verifica del primo elemento costitutivo rappresentato dall'indebito vantaggio fiscale, per poi verificare in

---

<sup>61</sup> Miele L., Abuso del diritto distinto dalla fattispecie di evasione, in *Corriere Tributario* n.4/2015

<sup>62</sup> Su questo punto si è pronunciata l'AdE nella risoluzione 17 ottobre 2016, n.93/E e 3 novembre 2016, n.101/E

caso positivo, la sussistenza degli altri elementi costitutivi; solo successivamente si procederà all'analisi dell'assenza di sostanza economica e l'essenzialità del vantaggio conseguito, e solo per ultimo, l'Amministrazione finanziaria potrà procedere all'analisi della fondatezza e della non marginalità delle ragioni extra fiscali.<sup>63</sup>

Analizzando il primo presupposto sopraelencato, il vantaggio fiscale va essenzialmente inteso come risparmio d'imposta. La nozione di vantaggio si deve sviluppare in una dimensione comparativa tra due o più operazioni. Al fine di determinare correttamente il vantaggio fiscale, è necessario individuare un'operazione alternativa a quella in concreto realizzata dal contribuente. Pertanto, come sostiene autorevole dottrina<sup>64</sup>, *“per configurare un vantaggio fiscale, è necessario che l'operazione alternativa a quella in concreto effettuata conduca ad un risultato analogo a quello effettivamente raggiunto dal contribuente”*. Se si tratta di un risultato diverso non vi può essere abuso.

Questo rappresenta un primo presupposto. Tuttavia, non basta che dall'operazione messa in atto dal contribuente emerga un vantaggio fiscale, ma quest'ultimo deve avere un carattere indebito.

<sup>65</sup> Lo stesso legislatore ha tenuto a precisare che per vantaggi fiscali indebiti devono intendersi *“i benefici, anche non immediati, realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario.”*<sup>66</sup>

Il cuore delle fattispecie dell'abuso è, infatti, la realizzazione di un vantaggio non voluto dal legislatore, ottenuto attraverso un comportamento che, pur non violando direttamente un obbligo o il divieto, riesce ad aggirarlo. Inoltre, *“la verifica dell'aggiramento va fatta avendo riguardo al contenuto obiettivo degli obblighi e dei divieti senza lasciare spazio a opinioni soggettive e giudizi di carattere discrezionale”*<sup>67</sup>

*“Il vantaggio indebito, quindi, è condizione essenziale. Ma è anche nozione “scivolosa” perché bifronte. Il motivo per cui è bifronte sta nel concetto stesso di abuso: non si ha abuso senza che il vantaggio sia indebito, ma se si ha abuso, il vantaggio è per forza indebito, non può che essere indebito.”*<sup>68</sup>

---

<sup>63</sup> Macellari e M.Nessi, *Operazioni straordinarie*, Ipsoa 2018, pg. 319.

<sup>64</sup> M. Beghin, *Diritto Tributario Per l'università e per la preparazione dell'esercizio delle professioni economiche-giuridiche*, Wolters Kluwer, Cedam 2018, p.270

<sup>65</sup> Si rimanda alla distinzione affrontata in precedenza tra abuso del diritto e legittima pianificazione fiscale

<sup>66</sup> Art. 10-bis, comma 2, lett. b). La relazione illustrativa ha chiarito che *“deve sussistere la violazione della ratio delle norme o dei principi generali dell'ordinamento e, soprattutto, di quelli della disciplina tributaria in cui sono collocati gli obblighi e i divieti elusi. Ciò permette, in particolare, di calibrare in modo adeguato l'ipotesi di abuso in ragione dei differenti principi che sono alla base dei tributi non applicati, fermo restando che, come si è detto, la ricerca della ratio e la dimostrazione della violazione di essa deve costituire il presupposto oggettivo imprescindibile per distinguere il perseguimento del legittimo risparmio d'imposta dall'elusione.”*

<sup>67</sup> Così Miele L., I presupposti costitutivi dell'abuso del diritto in *Corriere Tributario* n.38/2016, p. 2885.

<sup>68</sup> Giovannini A., in *Abuso del diritto tributario in Diritto e pratica tributaria* n.3/2016, p.906.

Affinché un'operazione possa essere considerata abusiva, non occorre che semplicemente risulti più fiscalmente vantaggiosa rispetto ad un'altra, ugualmente idonea a realizzare il medesimo aspetto sostanziale, ma anche e soprattutto che detto vantaggio fiscale si ponga in contrasto con la *ratio* delle norme oppure con i principi dell'ordinamento.

Sulla *ratio* della norma Assonime, nella circolare 21/2016, svolge alcune considerazioni per cercare di risolvere due punti interpretativi: i) a cosa occorre fare riferimento quando si parla di *ratio* e ii) se occorra prendere in considerazione la *ratio* della disciplina di cui il contribuente si intende avvalere, ovvero quella delle norme che si sarebbero applicate in assenza delle operazioni poste in essere dal contribuente, ponendosi così nell'ottica di un assetto negoziale diverso e alternativo rispetto a quello effettivamente realizzato. Sul primo punto i) viene affermato che occorre *“indentificare l'interesse che le norme intendeva obiettivamente tutelare indipendentemente dalle finalità contingenti e/o dalle motivazioni specifiche di coloro che hanno concorso alla emanazione della norma”*. Inoltre, la *ratio* va desunta dal coordinamento con le altre regole del sottosistema impositivo in cui la norma si colloca nonché le disposizioni contigue. Sulla seconda questione ii) Assonime arriva alla conclusione che è da *“prediligere la tesi di dover valutare la legittimità del risultato alla luce della ratio delle norme che hanno permesso a conseguirlo”*. Occorre accertare, dunque, se le operazioni poste in essere dal contribuente per potersi avvalere di un determinato regime fiscale siano conformi o meno alla *ratio* di tale regime.

Con riferimento ai principi dell'ordinamento tributario richiamati dalla norma sopracitata, l'associazione afferma che il ricorso ai principi debba intendersi subordinato, e non alternativo, rispetto al confronto con la *ratio*, e sia destinato ad operare nei casi in cui sia difficile ricostruire la *ratio* della norma o risulti poco significativo.<sup>69</sup>

Va da sé quindi che per essere contestata la natura elusiva di una o più operazioni l'amministrazione finanziaria deve innanzitutto provare, con onere a suo carico, la natura indebita dei vantaggi fiscali che esse determinano.<sup>70</sup>

Il vantaggio indebito era presente anche nel previgente art. 37-bis del D.P.R. 600/1973, e a tale concetto si fa chiaramente riferimento anche nella relazione illustrativa al predetto art. 37-bis<sup>71</sup> Affinché possa essere contestata la natura elusiva di una o più operazioni, la prova della natura indebita dei vantaggi fiscali descritta finora costituisce condizione necessaria, ma non sufficiente. L'amministrazione finanziaria deve anche provare l'assenza di sostanza economica

---

<sup>69</sup> Così Miele L., I presupposti costitutivi dell'abuso del diritto in Corriere Tributario n.38/2016, p. 2887

<sup>70</sup> Dolce R. "Elusione fiscale: il focus è sui vantaggi fiscali indebiti", La gestione straordinaria delle imprese, Eutekne, Torino, 6, 2015, p.28 ss.

<sup>71</sup> Nella relazione si legge che le norme antielusione scattano solo quando l'abuso di questa libertà da luogo a manipolazioni, scappatoie e stratagemmi" che finiscono per stravolgere con i principi del sistema.

dell'operazione che ha dato luogo al conseguimento del vantaggio fiscale indebito. Questo rappresenta il secondo presupposto costitutivo della fattispecie elusiva.

Anche in tale circostanza, il legislatore ha tenuto a precisare che *“si considerano operazioni prive di sostanza economica i fatti, gli atti e i contratti, anche tra loro non collegati, inidonei a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali.”* In particolare, sono indici di mancanza di sostanza economica:

— *la non coerenza della qualificazione delle singole operazioni con il fondamento giuridico del loro insieme.*

— *la non conformità dell'utilizzo degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato.*

L'assenza di sostanza economica può riscontrarsi sia con riferimento alle operazioni c.d. circolari sia alle operazioni c.d. lineari.<sup>72</sup> La differenza però è molto importante. Come rilevato da Assonime<sup>73</sup>, le operazioni circolari sono tipicamente caratterizzate dalla mancanza di sostanza economica contemplate nel comma 2 dell'art. 10 bis. Per operazioni circolari si fa riferimento ad operazioni che, nella sostanza, non realizzano alcun risultato giuridico-economico effettivo diverso dal mero risparmio fiscale; in assenza di quelle stesse operazioni non si sarebbe generato nessun vantaggio fiscale.<sup>74</sup>

Qualora il contribuente realizzi un'operazione strutturata come appena descritto, ci si trova in presenza di operazioni prive di sostanza economica, ed è palese l'intento di abusare del sistema. Questo per il semplice motivo che la situazione iniziale, rispetto alla situazione finale, è sostanzialmente identica. L'unica differenza consiste proprio nel risparmio d'imposta. L'unica via alternativa percorribile lecita consiste nel non compiere l'operazione, ovvero non fare nulla. Al contrario, le operazioni lineari si distinguono dal fatto che, la situazione di partenza e la situazione di arrivo sono diverse quanto alla struttura. In sostanza tali operazioni determinano una modificazione della situazione ex ante del contribuente. A differenza delle operazioni circolari, nelle operazioni effettuate mediante forme o strumenti giuridici non coerenti o non conformi alle normali logiche di mercato si determina una modifica economico-giuridica del soggetto ma tramite forme che potrebbero essere più dirette e lineari. *Si utilizzano sequenze di atti meno diretti di quelli di cui ci si sarebbe potuto servire che, quindi, risultano sovradimensionati.*<sup>75</sup>

---

<sup>72</sup> M. Beghin, *Diritto Tributario Per l'università e per la preparazione dell'esercizio delle professioni economiche-giuridiche*, Wolters Kluwer, Cedam 2018.

<sup>73</sup> Assonime, Circolare n. 21 del 4 agosto 2016 – *La disciplina sull'abuso del diritto*

<sup>74</sup> Manuali Eutekne, *Manuale delle operazioni straordinarie – IV edizione*, capitolo XXIII, Disciplina antielusiva e abuso del diritto

<sup>75</sup> Così Miele L., I presupposti costitutivi dell'abuso del diritto in *Corriere Tributario* n.38/2016, p. 2888.

Rispetto ad un'operazione circolare, il presupposto della mancanza di sostanza economica è più difficile da cogliere, e non bisogna considerare solamente se la scelta sia conforme alle normali logiche di mercato. Infatti, come giustamente precisato da Assonime nella circolare già richiamata *“sembra difficile, in molti casi, ritenere che il requisito della mancanza di sostanza economica possa farsi discendere dall'anomalia della scelta rispetto alla prassi di mercato, dal momento che ciò che conta è solo l'idoneità a produrre effetti extrafiscali significativi, a nulla rilevando la conformità o meno di questi effetti all'id quod plerumque accidit.”*<sup>76</sup>

Infine, il terzo elemento costitutivo dell'abuso è rappresentato dalla circostanza che il vantaggio fiscale costituisca l'effetto essenziale dell'operazione.

Risulta utile richiamare la relazione illustrativa dove prevede che *“i vantaggi fiscali indebiti che si realizzano per il compimento dell'operazione priva di sostanza economica devono essere fondamentali rispetto a tutti gli altri fini perseguiti dal contribuente, nel senso che il perseguimento di tal vantaggio deve essere stato lo scopo essenziale della condotta medesima e deve, quindi, aver assunto un peso prevalente al momento dell'assunzione della scelta”*.<sup>77</sup>

### **1.5.2 LE VALIDE RAGIONI EXTRAFISCALI NON MARGINALI COME ESIMENTE DELL'OPERAZIONE**

Nel caso di un'operazione, caratterizzata da tutti e tre i presupposti previsti dell'art. 10-bis, sia stata considerata elusiva da parte dell'Amministrazione finanziaria, sarà il contribuente a dover provare la sussistenza di valide ragioni extrafiscali al fine di dimostrare la non elusività dell'operazione.

Infatti *“in un sistema non perfettamente coerente e razionale appare logico che l'ordinamento, nel reagire ai vantaggi fiscali indebiti conseguiti dai contribuenti, faccia salve le ipotesi in cui tali benefici non siano il risultato di una “strumentalizzazione” delle regole da parte degli operatori, ma si ottengano quale inevitabile effetto di condotte ispirate da logiche extrafiscali. L'ordinamento, in altre parole, non essendo esso stesso un organismo perfettamente coerente e razionale, si assume il rischio del verificarsi di vantaggi fiscali indebiti, laddove essi siano il risultato di condotte ispirate da valide ragioni di carattere extrafiscale.”*<sup>78</sup>

Per comprendere appieno il ruolo e il momento in cui devono essere considerate le valide ragioni extrafiscali viene proposto il percorso concettuale da tenere in considerazione, così

---

<sup>76</sup> Assonime, Circolare n. 21 del 4 agosto 2016 – *La disciplina sull'abuso del diritto*, nota 116, p. 70

<sup>77</sup> La disposizione normativa risulta coerente con quanto sancito dalla Raccomandazione UE, dove viene riportato che la finalità elusiva di un atto è essenziale “se qualsiasi altra finalità che è o potrebbe essere attribuita alla costruzione o alla serie di costruzioni sempre per lo più irrilevante alla luce di tutte le circostanze del caso.” Citazione riportata da Macellari e M.Nessi, *Operazioni straordinarie*, Ipoa 2018, pg. 321.

<sup>78</sup> G. Giusti, *l'assenza di sostanza economica e indebito vantaggio fiscale nel nuovo abuso del diritto tributario* in Diritto e pratica tributaria n. 4/2018, p. 1445.

come individuato dal Notariato<sup>79</sup>. Il primo *step* consiste nel verificare se nell'ordinamento esiste la possibilità di almeno due trattamenti tributari differenti applicabili nei confronti della medesima operazione<sup>80</sup>. Una volta verificato, si deve controllare che l'operazione messa in atto dal contribuente configuri un'ipotesi effettivamente di abuso ovvero non rientri nell'ipotesi di evasione<sup>81</sup> o di legittima pianificazione fiscale. Solamente a questo punto il contribuente può dimostrare la sussistenza delle valide ragioni extrafiscali non marginali, per sostenere la natura non abusiva dell'operazione.<sup>82</sup>

In conformità a quanto previsto dall'art. 10-bis, comma 3 “non si considerano abusive, in ogni caso, le operazioni giustificate da valide ragioni extrafiscali, non marginali, anche di ordine organizzativo o gestionali, che rispondono alle finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa ovvero dell'attività professionale del contribuente”.<sup>83</sup> Dal successivo comma 9, si ritiene che gravi sul contribuente l'onere di dimostrare l'esistenza di tali ragioni extrafiscali.

Le ragioni extrafiscali si configurano come una sorta di garanzia di non elusività dell'operazione e, in quanto tali, precludono la configurazione di una condotta abusiva così come definita dall'art. 10-bis analizzato finora.<sup>84</sup> Possono pertanto essere considerate come un'esimente, ovvero costituiscono le ragioni di diritto soggettivo per le quali è stata poste in essere l'operazione, la cui validità e non marginalità sono in grado di giustificare l'esclusione di tale fattispecie dagli effetti che la connotazione elusiva comporta.<sup>85</sup>

Il riferimento alle ragioni extrafiscali non marginali conferma che queste possono coesistere con quelle fiscali. Tuttavia, l'eventuale coesistenza di ragioni economiche extrafiscali con quelle fiscali lascia margini di incertezza sul peso relativo che le uno devono assumere rispetto alle altre, affinché possa essere superato il connotato di abusività dell'operazione.<sup>86</sup>

---

<sup>79</sup> Studio del 20 luglio 2016, n.56.

<sup>80</sup> Se non vi è alternativa tra una pluralità di possibili tassazioni della medesima situazione non è possibile che si ipotizzi l'ipotesi di abuso.

<sup>81</sup> Ossia la violazione di una norma imperativa così come descritta nel primo paragrafo di questa trattazione.

<sup>82</sup> Da questo si desume che in “tema di onere della prova, l'art. 10 bis prevede che l'Amministrazione finanziaria ha l'onere di dimostrare la sussistenza della condotta abusiva. Ha dunque l'onere di provare i fatti che integrano la condotta elusiva. Il contribuente ha l'onere di provare i fatti, che sono alla base delle ragioni extrafiscali che giustificano la sua condotta” così F. Tesoro in *Compendio di Diritto Tributario 2016*, p. 153.

<sup>83</sup> La relazione di accompagnamento ha chiarito che “sono definite ragioni economiche extrafiscali non marginali anche quelle che, pur non essendo alla base di operazioni produttive di una redditività immediata, sono comunque rispondenti ad esigenze di natura organizzativa volte ad un miglioramento strutturale e funzionale dell'attività economica del contribuente”. “Autorevole dottrina sostiene che tale precisazione appare di fondamentale importanza che definire i confini di applicazione dei requisiti dell'essenzialità dell'indebito vantaggio fiscale conseguito e dell'assenza di sostanza economica, da un lato, e del requisito della sussistenza delle valide ragioni extrafiscali non marginali dall'altro” così A. Dorero, *Abuso del diritto in attesa di scelta sistematiche* in *Corriere Tributario* n.2/2019, p.159 e ss.

<sup>84</sup> Miele L., I presupposti costitutivi dell'abuso del diritto in *Corriere Tributario* n.38/2016, p. 2888.

<sup>85</sup> Vanz G., L'esclusione fiscale tra forma giuridica e sostanza economica, in *Rassegna Tributaria* n.5/2002 p.1619.

<sup>86</sup> Così Macellari e M.Nessi, *Operazioni straordinarie*, Ipsoa 2018, pg. 322.



La valutazione della non marginalità delle ragioni extrafiscali comporta l'individuazione dell'intrinseca valenza di queste rispetto al compimento dell'operazione di cui si contesta l'abusività. In particolare, le valide ragioni extrafiscali si intendono non marginali quando in loro assenza l'operazione non sarebbe stata posta in essere.

Per le operazioni straordinarie il Consiglio Nazionale del Notariato<sup>87</sup> ha individuato una serie di ragioni extrafiscali tali da giustificare la volontà di porre in essere tali operazioni. A titolo esemplificativo tali ragioni possono riguardare:

- la volontà di ottimizzare la gestione dei rami d'azienda;
- l'opportunità/necessità di rimediare agli insanabili dissidi tra i soci;
- la diversa assunzione di profili di responsabilità tra i soci;
- la separazione dei patrimoni in vista di nuove acquisizioni relative solo a uno dei rami esercitati;
- evitare la concorrenza dei creditori propri di ramo d'azienda rispetto a quelli che intratterranno rapporti commerciali con la stessa società in relazione ad una diversa attività condotta mediante l'esercizio di un altro distinto ramo d'azienda.
- necessità di assicurare il controllo di una società al fine della ottimizzazione della gestione.
- necessità di assicurare il ricambio generazionale.
- subentro nella titolarità delle partecipazioni.
- ragioni connesse al migliore conseguimento dell'oggetto sociale

Naturalmente le ragioni extrafiscali devono essere contestualizzate rispetto alla specifica situazione di partenza del contribuente.

Si tratta di un'indagine complessa. È un'indagine di tipo fattuale che impone di indagare sulla situazione nella quale si trovava il contribuente, nel momento in cui si sono svolti i fatti, sui suoi obiettivi e sulle sue priorità, sui problemi che lo stesso contribuente ha dovuto affrontare in quella particolare occasione e sul ventaglio di possibili soluzioni che in quel momento gli si prospettavano.<sup>88</sup>

Le valide ragioni extrafiscali si inseriscono dunque nella fattispecie dell'abuso del diritto, assicurando al contribuente la certezza del regime tributario di operazioni che non vedono quale unica o prevalente finalità il conseguimento di risparmi fiscali non coerenti con il sistema.<sup>89</sup>

---

<sup>87</sup> Studio del 20 luglio 2016, n.56.

<sup>88</sup> Cit. M. Beghin, *Diritto Tributario Per l'università e per la preparazione dell'esercizio delle professioni economiche-giuridiche*, Wolters Kluwer, Cedam 2018, p.279.

<sup>89</sup> G. Giusti, *l'assenza di sostanza economica e indebito vantaggio fiscale nel nuovo abuso del diritto tributario* in *Diritto e pratica tributaria* n. 4/2018, p. 1445.

## 1.6 INTERPELLO ANTIABUSO COME STRUMENTO DI CONFRONTO TRA IL CONTRIBUENTE E L'AGENZIA DELLE ENTRATE

*Siccome può essere dubbio se un comportamento sia elusivo*<sup>90</sup> il legislatore riconosce espressamente la possibilità al contribuente di presentare un'apposita istanza di interpello (c.d. interpello antiabuso) per conoscere la posizione dell'Agenzia delle Entrate in merito all'eventuale contenuto abusivo di un'operazione che intende realizzare<sup>91</sup>. Questa possibilità trova la proprio base normativa all'art. 10-bis, comma 5, della Legge n.212/2000.

L'istanza deve contenere elementi precisi in modo di consentire all'Agenzia delle Entrate di analizzare, in maniera puntuale, il caso concreto al fine di fornire delle indicazioni che risultino utile a risolvere la situazione di incertezza che versa il contribuente.

In particolare, l'istanza deve elencare in modo dettagliato<sup>92</sup>:

- gli elementi qualificanti dell'operazione;
- il settore impositivo rispetto al quale l'operazione pone il dubbio applicativo
- le puntuali norme di riferimento, comprese di quelle passibili di una contestazione in termini di abuso del diritto con riferimento all'operazione rappresentata;
- le 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.

L'amministrazione finanziaria è tenuta a rispondere entro 120 giorni dalla presentazione dell'istanza e, in caso di mancata risposta entro il suddetto termine vale la regola del *silenzio assenso*<sup>93</sup>, ovvero equivale a condivisione da parte dell'Amministrazione della soluzione prospettata dal contribuente.

Il parere dell'Agenzie delle Entrate non ha natura vincolante e ciò significa che, in caso di risposta negativa, questa non pregiudica la possibilità per il contribuente di porre in essere ugualmente l'operazione. In questo caso, tuttavia, nell'eventuale fase successiva di accertamento amministrativo e contenzioso il contribuente dovrà dimostrare le valide ragioni extrafiscali dell'operazione.

Nel caso opposto invece, ai sensi dell'art. 11 co. 3 della L.212/2000, "*la risposta vincola ogni organo dell'amministrazione con esclusivamente riferimento alla questione oggetto dell'istanza*

---

<sup>90</sup> F. Tesaurò in Compendio di Diritto Tributario 2016, p. 153.

<sup>91</sup> Ai fini della sua ammissibilità (e, dunque, del diritto del contribuente a ricevere una risposta da parte dell'Amministrazione finanziaria), l'istanza di interpello deve essere "preventiva". Sul punto di veda Manuale Eutekne, *Manuale delle operazioni straordinarie – IV edizione*, capitolo XXIII, Disciplina antielusiva e abuso del diritto

<sup>92</sup> Macellari e M.Nessi, *Operazioni straordinarie*, Ipsoa 2018, pg. 330..

<sup>93</sup> L. Del Federico, *Elusione e illecito tributario* in Corriere Tributario n.39/2016.

*e limitatamente al richiedente”, tale per cui “gli atti anche a contenuto impositivo o sanzionatorio difforni dalla risposta, espressa o tacita, sono nulli”.*

In ogni caso, come ricordato dall’Agenzia delle Entrate<sup>94</sup> resta ferma l’attività di controllo in ordine alla corrispondenza tra la fattispecie astrattamente descritta dal contribuente nell’istanza e quella in concreto realizzata.<sup>95</sup>

Lo strumento dell’interpello antiabuso contribuisce ad avviare un dialogo preventivo e in quest’ottica rappresenta sicuramente un passo avanti nel cammino verso la certezza delle regole tra Fisco e contribuente.

---

<sup>94</sup> Circolare Agenzia delle Entrate del 1/04/2016 n.9.

<sup>95</sup> Manuali Eutekne, *Manuale delle operazioni straordinarie – IV edizione*, capitolo XXIII, Disciplina antielusiva e abuso del diritto



## CAPITOLO 2: LE NORME ANTIELUSIVE SPECIFICHE

2.1 Natura delle norme antielusive specifiche; 2.2 Dividendi provenienti da paesi a fiscalità agevolata; 2.3 Controlled Foreign Company – CFC; 2.4. Esterovestizione delle società holding; 2.5. L’istituto del “transfer pricing”; 2.6 Limite al riporto delle perdite fiscali;

### 2.1 NATURA DELLE NORME ANTIELUSIVE SPECIFICHE

L’elusione può essere contrastata, oltre che con la norma di portata generale ai sensi dell’art. 10-bis dello Statuto dei contribuenti, anche tramite lo strumento delle norme antielusive specifiche.<sup>96 97</sup>

Il legislatore fiscale ha voluto affidarsi, infatti, a singole disposizioni che, con riferimento a specifiche fattispecie, pongono di fatto delle presunzioni di elusività, in forza delle quali viene sancita l’inapplicabilità di norme e principi favorevoli al contribuente.<sup>98</sup>

Attraverso norme puntuali il legislatore interviene sulla disciplina sostanziale di un tributo allo scopo di impedire pratiche elusive, e di conseguenza, l’anti elusività deve essere trovata nella loro *ratio*.

Si tratta di disposizioni che sono, di regola, inserite all’interno delle singole leggi d’imposta. Ciò determina che il contribuente è tenuto ad osservare tali disposizioni per la corretta auto-determinazione della base imponibile o del tributo. In tal senso, lo schema procedimentale risulta assai diverso rispetto a quello desumibile dall’art. 10-bis. Nel caso delle disposizioni specifiche antielusive il contribuente deve utilizzare, sin dall’inizio, le regole previste dalle disposizioni citate, mentre l’amministrazione finanziaria si limita a verificare, dopo la presentazione della dichiarazione, che quelle regole siano state applicate in modo corretto; per contro, nel secondo caso, il contribuente realizza le operazioni economiche e l’amministrazione gli contesta attraverso un provvedimento, il profilo abusivo.<sup>99</sup>

---

<sup>96</sup> F. Tesaurò, Compendio di diritto tributario, Utet giuridica, Wolters Kluwer Italia, 2016, p. 153.

<sup>97</sup> “Da un punto di vista tecnico-giuridico, una norma può dirsi antielusiva solo se attribuisce all’Amministrazione finanziaria la possibilità di valutare la corrispondenza dei negozi o delle operazioni alle loro finalità tipiche, poste a base di un determinato trattamento tributario, e di disconoscere eventuali vantaggi fiscali conseguiti con operazioni poste in essere essenzialmente per usufruire di un più favorevole regime fiscale.” Cit. di Chinellato G., Codificazione tributaria e abuso del diritto, Contributo allo studio degli strumenti di contrasto all’elusione fiscale, CEDAM, 2007, pg. 325 e ss.

<sup>98</sup> Come viene sostenuto in dottrina, il primo rimedio normativo all’elusione fu proprio il ricorso a disposizioni antielusive rigide, ovvero caratterizzate da una struttura ordinaria, che, in quanto aventi una mera funzione antielusiva, potevano scattare anche laddove concretamente non ci fosse alcun comportamento elusivo da contrastare. Sepio G., Norma antielusiva generale e disposizioni ordinarie con funzione antielusiva, in Dialoghi Tributarî, 3/2008, p.41.

<sup>99</sup> Beghin M., Diritto tributario, Per l’università e per la preparazione dell’esercizio delle professioni economico-giuridiche, Wolter Kluwer, CEDAM, 2018.

Da tale schema si può evincere la diversa natura delle due forme di contrasto alle pratiche elusive. Infatti, come sostiene autorevole dottrina, *“quando la disposizione sostanzialmente antielusiva viene applicata male, il contribuente finisce per rappresentare al fisco una ricchezza inferiore a quella dovuta. Questa cattiva rappresentazione di ricchezza, incapsulata nella dichiarazione determina il conseguente versamento di una minore imposta, riconducibile, appunto a un fatto di evasione.”*<sup>100</sup>

Risulta conveniente ricordare che, sulla base della disciplina antiabuso contenuta nell’art. 10-bis descritta in precedenza, *“risulta di palese evidenza che la disposizione, essendo collocata nella cornice dello Statuto dei diritti del Contribuente e, pertanto, costituendo un principio preordinato all’applicazione delle singole discipline delle totalità dei tributi previsti nell’ordinamento tributario nazionale, rappresenti il faro cui orientare l’applicazione della pluralità di norme sostanziali di carattere antielusivo presenti nell’ambito del sistema fiscale italiano; ragion per cui, ove fosse possibile dimostrare che qualsiasi operazione posta in essere, per le modalità in cui è strutturata, non è configurabile abuso del diritto, vale a dire non sia elusiva nei secondo i canoni indicati dal predetto art. 10-bis della Legge n.212/2000, in termini di presenza di sostanza economica e di sussistenza di valide ragioni di natura extrafiscale ai fini della sua implementazione, si dovrebbe ragionevolmente poter concludere che gli effetti elusivi che le specifiche norme sostanziali di carattere antielusivo intendono contrastare non possano verificarsi e, conseguentemente, si dovrebbe poter consentire la loro disapplicazione, ai sensi dell’art. 1, comma 3, del D.lgs. n. 128/2015 e dell’art. 11 comma 2, della Legge n.212/2000 con riferimento all’operazione di volta in volta oggetto dell’indagine.”*<sup>101</sup>

Nel nostro ordinamento tributario ci sono numerosi esempi di norme antielusive specifiche. Quest’ultime si caratterizzano per rendere inapplicabile un determinato comportamento favorevole al contribuente, che, in assenza della specifica disposizione antielusiva, sarebbe stato perfettamente ammissibile, in forza dei principi generali o delle disposizioni espressamente recate da disposizione di legge.

Non esistendo alcuna norma contenente un’elencazione delle norme antielusive specifiche all’interno del nostro ordinamento, l’individuazione di tali fattispecie non è agevole. Inoltre, le norme antielusive presenti nel nostro sistema non sono espressamente denominate come “norme antielusive” e ciò contribuisce alla difficoltà di non definire in maniera chiara e univoca tutte le fattispecie.

---

<sup>100</sup> Beghin M., Diritto tributario, Per l’università e per la preparazione dell’esercizio delle professioni economico-giuridiche, Wolter Kluwer, CEDAM, 2018 pg. 294.

<sup>101</sup> L. Rossi, e A. Privitera, Ripporto di perdite fiscali e interessi passivi nelle fusioni alla luce del nuovo abuso del diritto, in Corriere Tributario n.10/2016 pg. 738.

Nel continuo della trattazione, pertanto, saranno analizzate solamente alcune norme antielusive specifiche presenti nella nostra legislazione. In particolare, verranno esposte le seguenti tematiche:

- L’art. 73 avente ad oggetto l’esterovestizione
- L’art. 89 relativo ai dividendi provenienti da paesi a fiscalità agevolata
- L’art. 110, co.7 in tema di transfer pricing<sup>102</sup>
- L’art. 167 relativo al CFC (controlled foreign companies)
- Art. 172 e 173 che disciplinano il trattamento fiscale delle operazioni di fusione e di scissione.<sup>103</sup>

Il lettore tenga in considerazione che l’elenco proposto non è esaustivo, ma rappresenta solamente un sottogruppo delle più comuni disposizioni antielusive presenti nel nostro ordinamento. In particolar modo, specifica attenzione sarà riservata ai fenomeni elusivi fiscali internazionali data il crescente interesse del legislatore su tali temi. Infatti, è da notare che il contrasto all’elusione internazionale non è affidato ad un’organica disciplina della materia, ma piuttosto a varie norme analitiche modificate con certa frequenza nel tempo. Dunque, risulta importante considerare le attuali norme tenendo in considerazione la volontà sottostante a tali disposizioni.

### **2.1.1. L’INTERPELLO DISAPPLICATIVO DELLE NORME ANTIELUSIVE**

Le presunzioni di elusività poste delle norme antielusive specifiche hanno natura “*relativa*”, nel senso che è possibile ottenere la loro disapplicazione fornendo all’Amministrazione finanziaria la prova contraria della presunta elusione, mediante presentazione di un’apposita istanza di interpello disapplicativo, ai sensi dell’art.1 co.3 del D.lgs. 128/2015.<sup>104</sup>

Nell’istanza deve essere descritta l’operazione in maniera dettagliata, e vi deve essere la dimostrazione che non si verificheranno effettivi elusivi, indicando le disposizioni normative di cui viene chiesta la disapplicazione.<sup>105</sup> Se il contribuente è in grado di dimostrare la non elusività dell’operazione, la conseguenza è il ripristino del trattamento fiscale di maggior favore che opererebbe in loro assenza.

Questa particolare forma di confronto con l’Amministrazione è regolata dell’art. 11, comma 2, della Legge n.212/2000 e permette, dunque, al contribuente di fornire la prova che, con

---

<sup>102</sup> Sul punto sia la dottrina che la giurisprudenza hanno discusso molto sulla natura di tale disposizione.

<sup>103</sup> Non sono presenti invece norme antielusive specifiche nell’ambito delle disposizioni che disciplinano il trattamento fiscale delle operazioni di trasformazione e di cessione e conferimento d’azienda ad eccezione alle cessioni d’azienda o rami d’azienda perfezionate tra soggetti appartenenti al medesimo gruppo dove sono previste delle limitazioni alla disciplina dell’ACE.

<sup>104</sup> Manuale delle operazioni straordinarie – IV edizione, Eutekne p.1282.

<sup>105</sup> F. Tesaurò, Compendio di Diritto tributario, Utet giuridica, p.155.

riferimento alla specifica situazione per la quale si chiede la disapplicazione della norma antielusiva specifica, mancano i presupposti in funzione della quale la norma è stata introdotta.<sup>106</sup> L'art. 11 pocanzi richiamato sancisce espressamente che *“il contribuente interpella l'amministrazione finanziaria per la disapplicazione di norme tributarie che, allo scopo di contrastare comportamenti elusivi, limitando deduzioni, detrazioni, crediti d'imposta o altre posizioni soggettive del soggetto passivo altrimenti ammesse dell'ordinamento tributario, fornendo la dimostrazione che nella particolare fattispecie tali effetti elusivi non possono verificarsi.”*

L'interpello disapplicativo ha carattere obbligatorio. Sull'obbligatorietà dell'interpello la Relazione illustrativa del provvedimento legislativo e la circolare interpretativa delle Entrate ribadiscono tale carattere per l'interpello disapplicativo; tuttavia, l'esame della disciplina non conferma in alcun tale carattere, se con esso si fa riferimento anche ad un effetto preclusivo della disapplicazione derivato dall'omessa presentazione dell'istanza.<sup>107</sup> Infatti, la presentazione dell'istanza non è un presupposto imprescindibile per la disapplicazione della norma antielusiva, poiché la disapplicazione può realizzarsi autonomamente, senza che sia impedita dall'omessa presentazione dell'interpello. Vi è, dunque, solo un obbligo di segnalazione preventiva, la cui violazione non incide sulla disapplicazione. L'istanza non assume carattere obbligatorio nel senso di essere imprescindibile, bensì, assume carattere facoltativo e, dunque, se si ha riguardo a questo tipo di effetti, l'interpello disapplicativo può essere considerata a natura facoltativa.<sup>108</sup>

Una volta presentata l'istanza di interpello, l'amministrazione è tenuta a rispondere entro il termine di centoventi giorni dalla ricezione dell'istanza. In caso contrario la mancata risposta entro tale termine equivale alla condivisione della soluzione prospettata dal contribuente

---

<sup>106</sup> In sostanza con questo strumento giuridico messo a disposizione del legislatore fiscale si vuole dimostrare che manca l'intento elusivo alla base del comportamento del contribuente. Manuale delle operazioni straordinarie – IV edizione, Eutekne, p. 1286.

<sup>107</sup> Tarigo P., L'interpello disapplicativo di norme antielusive nella recente riforma, Rassegna Tributaria, 2 / 2017, p. 396 e ss. L'autore considera la norma sanzionatoria per l'omessa presentazione dell'istanza di interpello. *“In particolare, la violazione, da parte del contribuente, dell'obbligo di presentazione di tale istanza è oggetto, con la riforma, di una sanzione autonoma: la nuova previsione dell'art. 11, comma 7-ter, D.Lgs. n. 471/1997, stabilisce che nei casi in cui il contribuente non presenti l'interpello dell'art. 11, comma 2 (e, cioè, l'interpello disapplicativo), si applichi la sanzione prevista dall'art. 8, comma 3-quinquies, del medesimo Decreto, stabilita in euro da 2 mila a 21 mila (ossia la sanzione prevista per l'omessa segnalazione, in ordine a determinati regimi, dell'interpello - probatorio - di cui all'art. 11, comma 1, lett. b), dello Statuto), e che la sanzione sia raddoppiata nelle ipotesi in cui l'Amministrazione finanziaria disconosca la disapplicazione. In aggiunta, vi sono le sanzioni proporzionali irrogabili al contribuente per le violazioni conseguenti alla condotta concretamente tenuta, ma queste, ovviamente, prescindono dall'istanza.”*

<sup>108</sup> Tarigo P., L'interpello disapplicativo di norme antielusive nella recente riforma, Rassegna Tributaria, 2 / 2017, p. 396 e ss



attraverso il principio del “silenzio assenso”. L’istanza è accolta o respinta con provvedimento definitivo dal Direttore regionale dell’Agenzia delle Entrate.<sup>109</sup>

Il contribuente non è vincolato dalla risposta resa dell’Amministrazione. Uno dei tratti distintivo di questo tipo di interpello è proprio la natura non vincolante della risposta. *“Infatti, la presentazione dell’istanza di interpello (in caso di risposta negativa) ovvero la mancata presentazione della stessa (seppur punita attraverso l’irrogazione di una sanzione “propria”) non pregiudicano, in alcun caso, la possibilità per il contribuente di dimostrare la spettanza della disapplicazione anche nelle successive fasi dell’accertamento amministrativo e del contenzioso.”*<sup>110</sup>

---

<sup>109</sup> F. Tesauro, Compendio di Diritto tributario, Utet giuridica, p.155.

<sup>110</sup> Agenzia delle Entrate, circolare 1 aprile 2016 n.9/E

## 2.2 DIVIDENDI PROVENIENTI DA PAESI A FISCALITÀ AGEVOLATA

L'art. 89 del T.U.I.R. prevede l'integrale imponibilità, anziché l'esclusione per il 95% dei dividendi provenienti da soggetti residenti in Stati/territori c.d. *black list*.<sup>111</sup> Questa rappresenta senza dubbio una norma antielusiva specifica, ed è giustificata sulla base della produzione di redditi in ordinamenti caratterizzati da un'imposizione nulla o estremamente ridotta rispetto a quella italiana.<sup>112</sup> Il regime di integrale tassazione si applica ai dividendi relativi a:

- partecipazioni dirette in società di *black list*, a prescindere dalla partecipazione detenuta;
- partecipazioni indirette in società di *black list*, detenute per il tramite di partecipazioni di controllo, diretto o indiretto, anche di fatto, in una o più società intermedie che non siano localizzate in Stati o territori a regime fiscale privilegiato.<sup>113</sup>

Il decreto ATAD<sup>114</sup> ha apportato numerose modifiche alla disciplina relativa ai dividendi provenienti da Stati o territori *black list*, mutando in particolare il concetto di controllo e di "Stato *black list*". In particolare, è stato introdotto il nuovo art. 47-bis del T.U.I.R., che prevede diversi criteri per l'individuazione delle entità estere a regime fiscale agevolato a seconda che la partecipazione nell'entità estera sia di controllo o meno.<sup>115</sup>

Il requisito del controllo sussiste laddove un soggetto residente in Italia detiene direttamente o indirettamente il controllo di diritto, di fatto o contrattuale ai sensi dell'art. 2359 c.c. e si tiene conto anche dei voti detenuti per il tramite di società fiduciarie o interposta persona.<sup>116</sup>

In caso di controllo, un territorio si considera a fiscalità privilegiata quando il livello di tassazione effettiva nello Stato estero sia inferiore al 50% di quello italiano; al contrario, nel caso in cui la partecipazione non sia di controllo un Paese si considera a fiscalità privilegiata quando il livello nominale di tassazione risulti inferiore al 50% di quello applicabile in Italia. Al fine di determinare il *tax rate* nominale occorre tenere conto di regimi speciali.

Il legislatore ha voluto però prevedere due circostanze esimenti al fine della disapplicazione delle disposizioni del T.U.I.R., che fanno riferimento ai regimi fiscali privilegiati definiti dall'art. 47-bis, compresa dunque la disciplina dei dividendi *black*. In particolare, "*il soggetto residente o localizzato nel territorio dello Stato che detenga, direttamente o indirettamente,*

---

<sup>111</sup> Nicolosi F., *Dividendi e plusvalenze black list dopo il decreto ATAD: questioni aperte* in Corriere Tributario, 8-9 / 2019, p. 768 e ss.

<sup>112</sup> Mastroberti A., *Esclusione al 50% dei dividendi se entra in gioco la prima esimente*, in Pratica Fiscale e Professionale, 32-33/2018, p.46.

<sup>113</sup> Come chiarito dell'Agenzia delle Entrate nella circolare n. 35/E del 4 agosto 2016, rileva, perciò, anche una partecipazione indiretta, anche non di controllo, in quest'ultima, attraverso l'esercizio del controllo su una società interposta localizzata in uno Stato o territorio a regime fiscale ordinario.

<sup>114</sup> DECRETO LEGISLATIVO 29 novembre 2018, n. 142

<sup>115</sup> Furlan A e Sormani L., *Interrelazioni tra disciplina CFC e dividendi da società estere alla luce delle modifiche introdotte dal decreto ATAD: casa pratici*, in Fiscalità & Commercio Internazionale, 4/2019, p. 15 e ss.

<sup>116</sup> Nicolosi F., *Dividendi e plusvalenze black list dopo il decreto ATAD: questioni aperte* in Corriere Tributario, 8-9 / 2019, p. 768 e ss.

*partecipazioni di un'impresa o altro ente, residente o localizzato in Stati o territori a regime fiscale privilegiato può dimostrare che:*

- A. il soggetto non residente svolga un'attività economica effettiva, mediante l'impiego di personale, attrezzature, attivi e locali;*
- B. dalle partecipazioni non consegua l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori a regime fiscale privilegiato.”*

Le due esimenti hanno però diverse conseguenze sui dividendi percepiti. In particolare, per volontà del legislatore<sup>117</sup>, i dividendi provenienti da tali Paesi a fiscalità agevolata, la tassazione integrale non trova applicazione laddove il contribuente dimostri che dalle partecipazioni non consegue l'effetto di localizzare i redditi in uno Stato *black list*. (si fa riferimento all'esimente B). Laddove invece il contribuente dimostri l'esercizio di un'attività commerciale effettiva (esimente A), i dividendi saranno esclusi da imposizione in misura pari al 50%. Inoltre, in tale

---

<sup>117</sup> Si riporta, per comodità il novellato comma 3 dell'art. 89 T.U.I.R. "Verificandosi la condizione dell'articolo 44, comma 2, lettera a), ultimo periodo, l'esclusione del comma 2 si applica agli utili provenienti da soggetti di cui all'articolo 73, comma 1, lettera d), e alle remunerazioni derivanti da contratti di cui all'articolo 109, comma 9, lettera b), stipulati con tali soggetti, se diversi da quelli residenti o localizzati in Stati o territori a regime fiscale privilegiato individuati in base ai criteri di cui all'articolo 47-bis, comma 1, o, se ivi residenti o localizzati, sia dimostrato, anche a seguito dell'esercizio dell'interpello di cui al medesimo articolo 47-bis, comma 3, il rispetto, sin dal primo periodo di possesso della partecipazione, della condizione indicata nel medesimo articolo, comma 2, lettera b). Gli utili provenienti dai soggetti di cui all'articolo 73, comma 1, lettera d), residenti o localizzati in Stati o territori a regime fiscale privilegiato individuati in base ai criteri di cui all'articolo 47-bis, comma 1, e le remunerazioni derivanti dai contratti di cui all'articolo 109, comma 9, lettera b), stipulati con tali soggetti, non concorrono a formare il reddito dell'esercizio in cui sono percepiti in quanto esclusi dalla formazione del reddito dell'impresa o dell'ente ricevente per il 50 per cento del loro ammontare, a condizione che sia dimostrata, anche a seguito dell'esercizio dell'interpello di cui all'articolo 47-bis, comma 3, la sussistenza della condizione di cui al comma 2, lettera a), del medesimo articolo; in tal caso, e' riconosciuto al soggetto controllante, ai sensi del comma 2 dell'articolo 167, residente nel territorio dello Stato, ovvero alle sue controllate residenti percipienti gli utili, un credito d'imposta ai sensi dell'articolo 165 in ragione delle imposte assolute dall'impresa o ente partecipato sugli utili maturati durante il periodo di possesso della partecipazione, in proporzione alla quota imponibile degli utili conseguiti e nei limiti dell'imposta italiana relativa a tali utili. Ai soli fini dell'applicazione dell'imposta, l'ammontare del credito d'imposta di cui al periodo precedente e' computato in aumento del reddito complessivo. Se nella dichiarazione e' stato omesso soltanto il computo del credito d'imposta in aumento del reddito complessivo, si puo' procedere di ufficio alla correzione anche in sede di liquidazione dell'imposta dovuta in base alla dichiarazione dei redditi. Ai fini del presente comma, si considerano provenienti da imprese o enti residenti o localizzati in Stati o territori a regime privilegiato gli utili relativi al possesso di partecipazioni dirette in tali soggetti o di partecipazioni di controllo, ai sensi del comma 2 dell'articolo 167, in societa' residenti all'estero che conseguono utili dalla partecipazione in imprese o enti residenti o localizzati in Stati o territori a regime privilegiato e nei limiti di tali utili. Qualora il contribuente intenda far valere la sussistenza, sin dal primo periodo di possesso della partecipazione, della condizione indicata nella lettera b) del comma 2 dell'articolo 47-bis ma non abbia presentato l'istanza di interpello prevista dal comma 3 del medesimo articolo ovvero, avendola presentata, non abbia ricevuto risposta favorevole, la percezione di utili provenienti da partecipazioni in imprese o enti residenti o localizzati in Stati o territori a regime fiscale privilegiato individuati in base ai criteri di cui all'articolo 47-bis, comma 1, deve essere segnalata nella dichiarazione dei redditi da parte del socio residente; nei casi di mancata o incompleta indicazione nella dichiarazione dei redditi si applica la sanzione amministrativa prevista dall'articolo 8, comma 3-ter, del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471. Concorrono in ogni caso alla formazione del reddito per il loro intero ammontare gli utili relativi ai contratti di cui all'articolo 109, comma 9, lettera b), che non soddisfano le condizioni di cui all'articolo 44, comma 2, lettera a), ultimo periodo."

ipotesi, il contribuente avrà diritto ad un credito di imposta indiretto ove detenga altresì il controllo del soggetto estero.<sup>118</sup>

Come sostenuto in dottrina, l'esclusione al 50% da imposizione entra in gioco nell'ipotesi in cui non sia dimostrabile la seconda esimente (lett. B) ma si dimostri l'effettivo radicamento economico col territorio della partecipata (lett. A).<sup>119</sup>

Infine, è da ricordare che tra gli adempimenti connessi al trattamento fiscale di questi utili, un posto di particolare importanza è la possibilità di presentare istanza di interpello all'Amministrazione finanziaria. A questo proposito il comma 3 dell'art. 47-bis riconosce espressamente il diritto del contribuente di interpellare l'amministrazione ai sensi dell'articolo 11, comma 1, lettera b), della legge 27 luglio 2000, n. 212.

---

<sup>118</sup> Nicolosi F., *Dividendi e plusvalenze black list dopo il decreto ATAD: questioni aperte* in *Corriere Tributario*, 8-9 / 2019, p. 768 e ss.

<sup>119</sup> Mastroberti A., *Esclusione al 50% dei dividendi se entra in gioco la prima esimente*, in *Pratica Fiscale e Professionale*, 32-33/2018, p.46.

## 2.3 CONTROLLED FOREIGN COMPANY – CFC

La normativa in tema di Controlled Foreign Company rientra senza dubbio tra le disposizioni antielusive. Il termine CFC viene utilizzato per identificare un regime volto a prevenire l'accumulo di utili in società residenti in Stati a bassa fiscalità.<sup>120</sup> La disciplina di riferimento in tema di CFC è contenuta nell'art. 167 del D.P.R. n. 917/1986 (T.U.I.R.) recentemente modificata. Infatti, attraverso l'art. 4 del D.Lgs. n. 142 del 29 novembre 2018 il legislatore italiano ha recepito le raccomandazioni OCSE<sup>121</sup> e ha modificato tale disposizione. Mentre le finalità rimangono sostanzialmente invariate, il dettato normativo è stato riformulato alla luce dell'approccio comunitario.<sup>122</sup>

Come previsto dalla Relazione illustrativa al Decreto *“La finalità della norma è quella di evitare che i soggetti con società controllate in Paesi a fiscalità privilegiata possano attuare pratiche di pianificazione fiscale in virtù delle quali trasferiscano ingenti quantità di utili dalla società controllante - soggetta ad elevata fiscalità - verso le società controllate soggette, invece, a tassazione ridotta. A tal fine, la disciplina CFC prevede l'imputazione per trasparenza al soggetto residente nel territorio dello Stato italiano dei redditi conseguiti dal soggetto controllato non residente, anche in assenza di effettiva distribuzione di utili, qualora lo stesso sia assoggettato a tassazione privilegiata”*. La stessa appare sostanzialmente in linea con le ragioni ispiratrici ed istitutrici dell'originaria formulazione.

La norma, in sostanza, comporta la tassazione per trasparenza, in capo al soggetto partecipante residente, dei redditi prodotti dalla controllata estera qualora non vengano soddisfatti i requisiti imposti della normativa in esame. Questo significa che i redditi prodotti dal soggetto estero vengono imputati al soggetto italiano, in misura proporzionale alla quota di partecipazione al capitale, a prescindere dalla loro distribuzione. In caso di partecipazione indiretta, la quota di partecipazione agli utili è determinata tenendo conto della demoltiplicazione prodotta sugli utili dalla catena societaria partecipativa.

Tale disposizione anticipa, dunque, il momento impositivo, per i redditi prodotti in Paesi a fiscalità privilegiata, al momento in cui i redditi risultano prodotti non assumendo rilevanza la loro successiva ed eventuale distribuzione dei profitti.

---

<sup>120</sup> A. Dragonetti, V. Piacentini e A. Sfondrini, Manuale di fiscalità internazionale, IPSOA, VII edizione – 2016.

<sup>121</sup> Il Report OCSE “Designing Effective Controlled Foreign Company Rules”, relativo all'Action 3 del progetto BEPS raccomandano la previsione di disposizioni domestiche organiche in tema di società controllate non residenti (“CFC”). Sulle base di tali raccomandazioni, la Commissione Europea ha emanato la Direttiva 2016/1164/UE (di seguito la “Direttiva”) che contiene agli artt. 7 ed 8 la disciplina delle c.d. controlled foreign companies.

<sup>122</sup> Di Stefano Alessandro, Porcarelli A e Falduto G., CFC: UN RESTYLING IN FORMATO ATAD, in Amministrazione & Finanza, 6 / 2019, p. 13 e ss.

“In sostanza, la ratio della norma mira a contrastare tutti quei fenomeni di delocalizzazione posti in essere dalle imprese, non già per effettive esigenze produttive, commerciali o logistiche, ma frutto esclusivamente di una costruzione artificiosa volta ad ottenere un risparmio fiscale”.<sup>123</sup>

Al fine dell'applicazione della normativa CFC devono essere verificati i presupposti oggettivi e soggettivi previsti. In merito al presupposto soggettivo la norma si applica alle persone fisiche e società di persone, alle società commerciali residenti nel territorio dello Stato e alle stabili organizzazioni italiane che controllano soggetti non residenti.

Il concetto di controllo risulta abbastanza delicato e per tale motivo il legislatore ha individuato con precisione i requisiti per la sussistenza del controllo nei soggetti esteri partecipati.

Con riferimento al presupposto oggettivo, il comma 4 dell'art. 167 T.U.I.R. sancisce che la disciplina CFC si applica solamente se i soggetti controllati non residenti integrano congiuntamente le seguenti condizioni:

- l'assoggettamento ad una tassazione effettiva inferiore al 50% di quella che sarebbe stata applicata qualora residenti ai fini fiscali in Italia.<sup>124125</sup>
- la presenza di *passive income* superiori ad un terzo dei proventi totali. In particolare, la norma richiama i proventi realizzati rientrati nelle seguenti categorie
  - interessi o qualsiasi altro reddito generato da attivi finanziari;
  - canoni o qualsiasi altro reddito generato da proprietà intellettuale;
  - dividendi e redditi derivanti dalla cessione di partecipazioni;
  - redditi da leasing finanziario;
  - redditi da attività assicurativa, bancaria e altre attività finanziarie;
  - proventi derivanti da operazioni di compravendita di beni con valore economico aggiunto scarso o nullo, effettuate con soggetti che, direttamente o indirettamente, controllano il soggetto controllato non residente, ne sono controllati o sono controllati dallo stesso soggetto che controlla il soggetto non residente;

---

<sup>123</sup> Angelini A. e Erario A., *CFC: Profili interpretativi e applicativi alla luce delle recenti modifiche normative, compatibilità rispetto al diritto comunitario ed internazionale*, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, 6 / 2018, p. 5

<sup>124</sup> Un Provvedimento dell'Agenzia delle entrate dovrà indicare i criteri per effettuare l'effettiva verifica di tale condizione, salvo l'esplicita irrilevanza delle variazioni non permanenti della base imponibile;

<sup>125</sup> Assume, pertanto, rilevanza la tassazione effettiva e non il livello di tassazione nominale. “È necessario, dunque, un confronto tra tax rate “effettivo” estero con tax rate “virtuale” interno - quest'ultimo calcolato procedendo alla rideterminazione del reddito in base alle disposizioni fiscali interne applicate all'utile ante imposte risultante dal bilancio della controllata. Tale confronto riguarda, sul fronte della tassazione virtuale interna, l'imposta sul reddito delle società, IRES.” Di Stefano Alessandro, Porcarelli A e Falduto G., *CFC: UN RESTYLING IN FORMATO ATAD*, in *Amministrazione & Finanza*, 6 / 2019, p. 13 e ss.

- proventi derivanti da prestazioni di servizi, con valore economico aggiunto scarso o nullo, effettuate a favore di soggetti che, direttamente o indirettamente, controllano il soggetto controllato non residente, ne sono controllati o sono controllati dallo stesso soggetto che controlla il soggetto non residente; ai fini dell'individuazione dei servizi con valore economico aggiunto scarso o nullo si tiene conto delle indicazioni contenute nel decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi del comma 7 dell'articolo 110.

L'elemento di novità rispetto al passato rispetto al passato è il superamento della distinzione fra il regime delle *CFC c.d. black* e quello delle *CFC c.d. white*. Il nuovo art. 167 T.U.I.R., infatti, prevede ora un unico regime CFC che si configura al verificarsi delle due condizioni sopracitate.<sup>126</sup>

Tuttavia, il legislatore ha voluto prevedere un'esimente ai fini della non applicazione della disciplina. Ai sensi del comma 5 dell'art.167, infatti, viene affermato che le disposizioni della disciplina CFC non si applicano alle situazioni in cui il soggetto controllato non residente svolge un'attività economica effettiva mediante l'impiego di personale, attrezzature, attivi e locali. *“Questo requisito viene precisato richiedendo che la Società o l'ente non residente svolga un'effettiva attività economica disponendo delle funzioni, competenze, strutture organizzative e dotazioni patrimoniali idonee a svolgere in autonomia la sua attività.”*<sup>127</sup>

Naturalmente, la verifica dell'esimente non può limitarsi ad aspetti formali, ma deve estendersi, anche al profilo strutturale, organizzativo ed economico-funzionale. Trattandosi di elementi influenzati da giudizi qualitativi, difficile da definire in maniera univoca e oggettivi viene attribuita un'elevata discrezionalità all'amministrazione finanziaria al fine di consentire la valutazione del vantaggio conseguito.<sup>128</sup>

Anche per tal motivo, al fine di conoscere la posizione dell'Agenzia dell'Entrate, il contribuente può chiedere un provvedimento disapplicativo della disciplina contenuta nell'art. 167 del T.U.I.R. presentando un'istanza di interpello ai sensi dell'art. 11 della L. n. 212/2000 presso la direzione regionale dell'Agenzia delle Entrate. Infatti, uno degli elementi che caratterizzano la normativa CFC è la possibilità di disapplicazione mediante istanza di interpello.<sup>129</sup>

---

<sup>126</sup> Furlan A e Sormani L., *Interrelazioni tra disciplina CFC e dividendi da società estere alla luce delle modifiche introdotte dal decreto ATAD: casa pratici*, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, 4/2019, p. 15 e ss.

<sup>127</sup> Di Stefano Alessandro, Porcarelli A e Falduto G., *CFC: UN RESTYLING IN FORMATO ATAD*, in *Amministrazione & Finanza*, 6 / 2019, p. 13 e ss.

<sup>128</sup> Di Stefano Alessandro, Porcarelli A e Falduto G., *CFC: UN RESTYLING IN FORMATO ATAD*, in *Amministrazione & Finanza*, 6 / 2019, p. 13 e ss.

<sup>129</sup> Angelini A. e Erario A., *CFC: Profili interpretativi e applicativi alla luce delle recenti modifiche normative, compatibilità rispetto al diritto comunitario ed internazionale*, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, 6 / 2018, p. 5 e ss.

In caso di interpello, il contribuente dovrà cercare di convincere l'Amministrazione finanziaria della non elusività dell'operazione incentrando l'istanza sull'esimente riconosciuto dalla stessa norma.

È il caso di evidenziare che, in caso di parere positivo da parte dell'Amministrazione, l'esimente non deve essere ulteriormente dimostrata in una eventuale fase successiva di controllo; tuttavia è fatto salvo il potere dell'Amministrazione finanziaria di verificare la veridicità e la completezza delle informazioni e degli elementi di prova forniti nell'istruttoria dell'interpello<sup>130</sup>.

Infine, la presentazione dell'interpello non rappresenta un obbligo e di conseguenza qualora il contribuente non abbia presentato alcuna istanza, l'Agenzia delle entrate, prima di emettere un atto di accertamento in tema CFC, dovrà notificare al contribuente un avviso con il quale gli venga concessa la possibilità di fornire, nel termine di novanta giorni, le prove per la disapplicazione della *CFC rule*. Se l'Amministrazione, ricevuta risposta dal contribuente, non ritenga tali prove idonee a dimostrare l'esimente di cui al comma 5 dell'art. 167 del T.U.I.R., dovrà darne specifica motivazione nel successivo avviso di accertamento.<sup>131</sup>

---

<sup>130</sup> Comma 12 dell'art. 167 del T.U.I.R.

<sup>131</sup> <sup>131</sup> Di Stefano Alessandro, Porcarelli A e Falduto G., CFC: UN RESTYLING IN FORMATO ATAD, in Amministrazione & Finanza, 6 / 2019, p. 13 e ss.

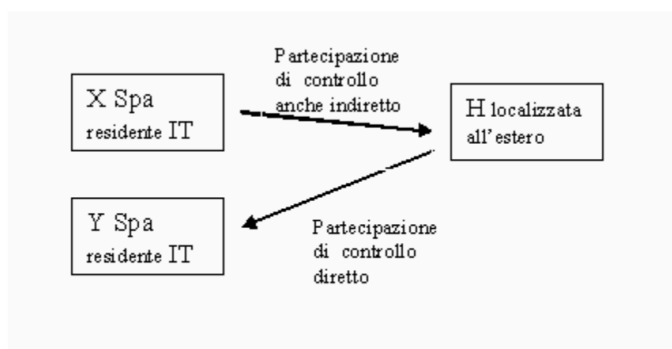


## 2.4. ESTEROVESTIZIONE DELLE SOCIETÀ HOLDING

La residenza è uno dei principi cardine del nostro sistema tributario nell'ambito delle imposte dirette, e da esse discendono conseguenze estremamente rilevanti. Sia per le persone giuridiche che per le persone fisiche la residenza determina l'assoggettamento a tassazione dei redditi ovunque prodotti, secondo il principio della c.d. worldwide taxation. Al contrario, nel caso dei soggetti non residenti, le imposte si applicano sui redditi di prodotti in Italia. Proprio per tali caratteristiche, nel corso degli anni la residenza fiscale è stata oggetto di numerose controversie, sulle quali sono state chiamate a pronunciarsi sia le Corti di merito che la Corte di cassazione.<sup>132</sup> La norma a cui bisogna far riferimento è l'art. 73 del T.U.I.R. Infatti, tale disposizione individua i presupposti che deve essere integrati da un soggetto passivo Ires al fine di essere considerato fiscalmente residente Italia. In particolare, *“si considerano residenti le società e gli enti che per la maggior parte del periodo di imposta hanno la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato.”* L'art. 73 prosegue con il comma 5-bis che introduce una norma antielusiva specifica consistente in una presunzione relativa di residenza in Italia, al fine di evitare l'artificiosa collocazione di soggetti all'estero. La norma si colloca nell'ambito dell'esterovestizione, ma è finalizzata ad ostacolare, in particolar modo, l'esterovestizione di società holding.

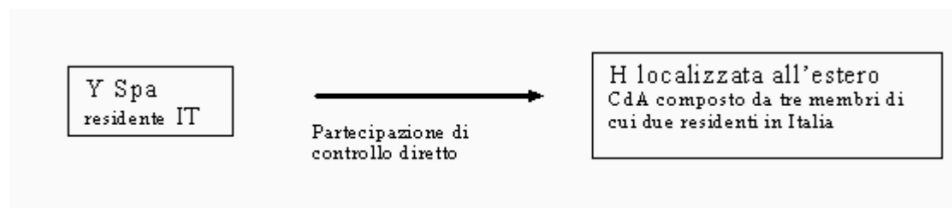
La norma sancisce che, salvo prova contraria, si considerano residenti nel territorio dello Stato la sede dell'amministrazione di società ed enti, che detengono partecipazioni di controllo se, in alternativa:

- sono controllati, anche indirettamente, ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, del codice civile, da soggetti residenti nel territorio dello Stato;



<sup>132</sup> Serbini S., Il centro degli interessi vitali e l'esterovestizione alla prova delle ultime pronunce della cassazione in tema di residenza fiscale, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, 5/2019, p.23.

- sono amministrati da un consiglio di amministrazione, o altro organo equivalente di gestione, composto in prevalenza di consiglieri residenti nel territorio dello Stato.



La ratio della norma è quella di “contrastare il fenomeno delle società cosiddette esterovestite. Si tratta di soggetti che presentano due rilevanti e continuativi elementi di collegamento con il territorio dello Stato, in quanto detengono partecipazioni di controllo in società ed enti residenti nel territorio dello Stato che, a loro volta, sono controllate o amministrate da soggetti residenti.”<sup>133</sup>

Con riferimento al primo requisito, ai fini della verifica della sussistenza del controllo, rileva la situazione esistente alla data di chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto estero controllato;<sup>134</sup> analizzando, invece, il secondo requisito appare come la residenza degli amministratori deve essere ricondotta alle norme relative alla residenza delle persone fisiche, sulla base delle indicazioni dell'art. 2 T.U.I.R.

Nel caso in cui venga soddisfatto uno dei due requisiti soprarichiamati, il soggetto residente all'estero sarà considerato fiscalmente residente in Italia, con la conseguente tassazione di tutti redditi prodotti nel mondo in base al principio della c.d. worldwide taxation.<sup>135</sup>

Molti utili, in questo caso, risultano le indicazioni fornite direttamente dall'Agenzia delle Entrate.<sup>136</sup> Secondo la Circolare dell'Agenzia “la norma prevede, in definitiva, l'inversione, a carico del contribuente, dell'onere della prova, dotando l'ordinamento di uno strumento che solleva l'amministrazione finanziaria dalla necessità di provare l'effettiva sede della amministrazione di entità che presentano elementi di collegamento con il territorio dello Stato

<sup>133</sup> Relazione illustrativa del D.L. 223 del 2006.

<sup>134</sup> Comma 5-ter art. 73 T.U.I.R.

<sup>135</sup> L'Agenzia delle Entrate riporta a titolo esemplificativo gli effetti di più immediato impatto per le holding esterovestite che avranno ad oggetto i capital gain realizzati dalla cessione di partecipazioni da assoggettare al regime di imponibilità o di esenzione previsti dagli articoli 86 e 87 del TUIR; Nel dettaglio le ritenute da operare sui pagamenti di interessi dividendi e royalty corrisposti a non residenti o sui pagamenti di interessi e royalty corrisposti a soggetti residenti fuori del regime di impresa; il concorso al reddito in misura pari al 100 per cento del loro ammontare degli utili di partecipazione provenienti da società residenti in Stati o territori a fiscalità privilegiata. Al contrario, i predetti soggetti non dovranno subire ritenute sui flussi di dividendi, interessi e royalty in uscita dall'Italia e potranno scomputare in sede di dichiarazione annuale le ritenute eventualmente subite nel periodo di imposta per il quale sono da considerare residenti, anche se operate a titolo di imposta.

<sup>136</sup> Circolare Agenzia delle Entrate n.28/E/2006.

*molteplici e significativi. In tale ottica la norma persegue l'obiettivo di migliorare l'efficacia dell'azione di contrasto nei confronti di pratiche elusive, facilitando il compito del verificatore nell'accertamento degli elementi di fatto per la determinazione della residenza effettiva delle società.*

Al contrario, ove la presunzione del comma 5-bis non trova applicazione spetta all'Amministrazione finanziaria dimostrare che la società sia effettivamente residente in Italia.<sup>137</sup>

Sul tema di residenza fiscale, recentemente la Corte di Cassazione si è espressa affermando che, una società situata in un Paese estero ove è presente un ufficio in cui vengono eseguite decisioni prese presso la capogruppo in Italia, è sufficiente per affermare che in tale Paese la società svolge un'attività che consente di ivi fissarne la residenza fiscale e, conseguentemente, di negarne la natura di soggetto esterovestito.<sup>138</sup>

Nell'arrivare a tale soluzione i giudici della Suprema Corte hanno affermato diversi principi importanti. In primo luogo, i giudici hanno sottolineato che, affinché l'esterovestizione possa essere considerata un "*artificio abusivo*" risulta necessario che la stessa sia unicamente stata predisposta al fine di ottenere vantaggi fiscali indebiti, che risultano contrari all'obiettivo perseguito dalle norme"<sup>139</sup>. I giudici hanno anche sostenuto che ogni società ha il diritto di scegliere liberamente il Paese membro in cui stabilire la propria residenza fiscale, e che il solo fatto di tale scelta non costituisce di per sé un abuso di tale libertà. Secondo la Corte "*quel che rileva ai fini dalla configurazione di un abuso del diritto di stabilimento, non è accertare la sussistenza o meno di ragioni economiche diverse da quelle relative alla convenienza fiscale, ma accertare se il trasferimento in realtà vi è stato o meno, se, cioè, l'operazione sia meramente artificiosa consistendo nella creazione di una forma giuridica che non riproduce una corrispondente e genuina realtà economica.*"

In sostanza riprendendo sempre le parole dei giudici "in caso di società con sede legale estera controllata ai sensi dell'art. 2359 c.c. comma 1, non può costituire criterio esclusivo di accertamento della sede della direzione effettiva l'individuazione del luogo da cui partono gli impulsi gestionali o le direttive amministrative qualora esso si identifichi con la sede (legale o amministrativa) della società controllante italiana", essendo in questo caso "necessario

---

<sup>137</sup> M. Leo, Testo unico sulle imposte sui redditi, 2018, pg. 1245.

<sup>138</sup> La sentenza cui si fa riferimento è la sentenza della Corte di Cassazione del 21 dicembre 2018 n. 33234 riguardante il caso Dolce & Gabbana. Riflessione tratta da Serbini S., Il centro degli interessi vitali e l'esterovestizione alla prova delle ultime pronunce della cassazione in tema di residenza fiscale, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, 5/2019, p.23 e ss.

<sup>139</sup> Serbini S., Il centro degli interessi vitali e l'esterovestizione alla prova delle ultime pronunce della cassazione in tema di residenza fiscale, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, 5/2019, p.23 e ss.

accertare anche che la società controllata estera non sia una costruzione di puro artificio, ma corrisponda ad un'entità reale che svolge effettivamente la propria attività".<sup>140</sup>

Definita la portata antielusiva dalla presunzione, risulta di evidente rilievo pratico la possibilità riconosciuta al contribuente di sterilizzare l'applicazione della presunzione di residenza, attraverso la presentazione di un'apposita istanza di interpello.<sup>141</sup>

Il contribuente dovrà dimostrare che la sede di direzione effettiva della società non è in Italia, bensì all'estero. In sostanza dovrà produrre tutti gli elementi e prove che consentano di dimostrare che *“esistono elementi di fatto, situazioni od atti, idonei a dimostrare un concreto radicamento della direzione effettiva nello Stato estero.”*<sup>142</sup>

Tuttavia, come sostiene autorevole dottrina, la materia si presta poco al rilascio di pareri preventivi, dal momento che l'individuazione della residenza sociale si risolve nel considerare i dati di fatto e comportamenti che non sono suscettibili di essere valutati ex ante.<sup>143</sup> Tale tesi è stata sostenuta direttamente dall'Agenzia delle Entrate attraverso la risoluzione 312/2007; in particolare, venne affermato che la verifica dell'effettiva sede dall'amministrazione di una società, o della localizzazione dell'oggetto principale dell'attività, comprende complessi elementi di fatto sul reale rapporto della società con il territorio, non valutabili in sede di interpello.<sup>144</sup>

Infine, un caso particolare all'interno di questa disciplina è infine rappresentato dalle holding di partecipazioni operanti in gruppi multinazionali. Allo scopo di individuare correttamente la residenza fiscale di una società holding di partecipazioni è indispensabile considerare la peculiare attività non operativa posta in essere dalla stessa. Occorre considerare che il patrimonio di tali società si contraddistingue per essere immateriale, e detta circostanza fa sì che venga a mancare quel radicamento con il luogo di insediamento assunto per la corretta individuazione della residenza fiscale. Pertanto, occorre valutare il criterio della sede dell'amministrazione e dell'oggetto principale, nonché quello del *place of effective management*.<sup>145</sup>

Dunque, al fine di individuare la residenza fiscale di una holding, è necessario effettuare una valutazione complessiva inerente alla funzione esercitata, oltre che la collocazione del

---

<sup>140</sup> Zizzo G., *Ires – esteroinvestizione della società o esteroinvestizione del reddito?*, in Rassegna Tributaria, 3/2019, p.659.

<sup>141</sup> Corasaniti G., e De' Capitani P., *La nuova presunzione di residenza fiscale dei soggetti ires*, in Diritto e Pratica Tributaria, 1 / 2007, p. 10097 e ss.

<sup>142</sup> Circolare Agenzia delle Entrate n.26/E/2006.

<sup>143</sup> Corasaniti G., e De' Capitani P., *La nuova presunzione di residenza fiscale dei soggetti ires*, in Diritto e Pratica Tributaria, 1 / 2007, p. 10097 e ss.

<sup>144</sup> M. Leo, Testo unico sulle imposte sui redditi, 2018, pg. 1245.

<sup>145</sup> Formica P., e Guarnaccia C., Individuazione della residenza fiscale delle holding passive di partecipazioni operanti in gruppi multinazionali, in il fisco, 28 / 2018, p. 2752

patrimonio gestito. Infatti, nella valutazione della residenza fiscale bisogna tener conto anche di un ulteriore fattore, ossia dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento da parte della società controllante/capogruppo ai sensi dell'art. 2359 c.c.

## 2.5. L'ISTITUTO DEL "TRANSFER PRICING"

Uno degli interventi del legislatore finalizzati a contrastare il fenomeno dell'elusione fiscale internazionale è rappresentato dalla disciplina del "transfer pricing".

La norma di riferimento è l'art. 110, comma 7 che sancisce che i *"componenti del reddito derivanti da operazioni con società non residenti nel territorio dello Stato, che direttamente o indirettamente controllano l'impresa, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa, sono determinati con riferimento alle condizioni e ai prezzi che sarebbero stati pattuiti tra soggetti indipendenti operanti in condizioni di libera concorrenza e in circostanze comparabili, se ne deriva un aumento del reddito"*<sup>146</sup>

Tale disposizione è stata modificata recentemente con la manovra correttiva del 2017, ovvero il Decreto-legge del 24 aprile 2017, n. 50. Il provvedimento si basa sulla necessità di recepire pienamente le indicazioni contenute nelle Linee Guida Ocse. Ai fini della valutazione dei prezzi di trasferimento relativi alle transazioni intervenute tra società appartenenti allo stesso gruppo, l'art. 110, comma 7, del TUIR, prima delle modifiche avvenute come detto dal D.L. 50/2017, faceva riferimento al valore normale e non al concetto di libera concorrenza. Vi era un espresso rinvio alla disciplina contenuta nell'art. 9 del T.U.I.R., ai sensi del quale *"per valore normale si intendeva il valore al quale parti indipendenti accetterebbero di scambiarsi gli stessi beni o gli stessi servizi o di assumere gli stessi comportamenti ed accetterebbero di farlo alle medesime condizioni economiche."*

Oggi il concetto è stato assorbito dal principio di libera concorrenza o *arm's length principle* dell'Ocse. In tal modo il nostro ordinamento si è adeguato a quanto previsto in ambito internazionale dall'art. 9 del Modello di Convenzione OCSE<sup>147</sup>. Quest'ultimo riguarda l'imposizione degli utili delle imprese associate ed applica il principio di libera concorrenza.<sup>148</sup> Come si evince, si tratta di una norma finalizzata a contrastare che tra società del medesimo gruppo, vengano pattuiti prezzi dei beni difformi dal prezzo che sarebbe stato pattuito tra società indipendenti, con lo scopo di eludere le imposte in Italia, spostando utili dalla società italiana a

---

<sup>146</sup> L'art. continua sancendo che *"La medesima disposizione si applica anche se ne deriva una diminuzione del reddito, secondo le modalità e alle condizioni di cui all'articolo 31 quater del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600. Con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, possono essere determinate, sulla base delle migliori pratiche internazionali, le linee guida per l'applicazione del presente comma"*

<sup>147</sup> S. Trino, Transfer Pricing: il nuovo art. 110, comma 7 del TUIR, pubblicato il 15 novembre 2018 su <https://www.iusinitinere.it/transfer-pricing-il-nuovo-art-110-comma-7-14670>

<sup>148</sup> L'Ocse ha sostenuto la validità del principio di libera concorrenza poiché esso fornirebbe l'approssimazione più esatta del funzionamento del libero mercato nel caso di operazioni tra imprese associate e, poiché, determinerebbe livelli di reddito appropriati per le imprese di un gruppo multinazionale, accettabili per le Amministrazioni Fiscali.

quella situata in un Paese a più bassa fiscalità<sup>149</sup>. Il trasferimento di utili da uno Stato all'altro ha a sua volta lo scopo di minimizzare il carico fiscale complessivo del gruppo.

Sin dalla entrata in vigore della disciplina si è discusso sulla natura e sulla ratio di tale disciplina. Nello definirle bisogna tenere a mente che, come sostenuto da autorevole dottrina, il “*Transfer pricing is not an exact science. Il giudizio traduce in modo sintetico ciò che ormai noto da tempo sia agli operatori sia alle amministrazioni finanziarie e ai giudici tributari: la disciplina dei prezzi di trasferimento è connotata da grande incertezza e come effetto da un elevato contenzioso.*”<sup>150</sup>

Analizzando la *ratio* della disciplina, la finalità primaria non era di natura antielusiva ma era quello di ripartire il presupposto impositivo all'uno o l'altro Stato o parzialmente ad entrambi attraverso una allocazione corretta della fattispecie economica all'uno o all'altro Stato per garantire il suo diritto alla tassazione e per evitare la doppia tassazione.<sup>151</sup>

Con riferimento alla natura di tale norma, la giurisprudenza ha ricondotto all'interno delle disposizioni antielusive la norma sui prezzi di trasferimento. Più precisamente la Corte di Cassazione ha ritenuto che “*l'applicazione delle norme sul transfer pricing non combatte l'occultamento del corrispettivo, costituente una forma di evasione, ma le manovre che incidono sul corrispettivo palese, consentendo il trasferimento surrettizio di utili da uno Stato all'altro, sì da influire in concreto sul regime dell'imposizione fiscale. Per tali essenziali connotazioni, pertanto, deve ritenersi che tale disciplina costituisca – secondo l'interpretazione più diffusa anche nella giurisprudenza di questa Corte – una clausola antielusiva, in linea con i principi comunitari in tema di abuso del diritto, finalizzata ad evitare che all'interno del gruppo di società vengano effettuati trasferimenti di utili mediante l'applicazione di prezzi inferiori o superiori al valore normale dei beni ceduti, al fine di sottrarli all'imposizione fiscale in Italia a favore di tassazioni estere inferiori*”.<sup>152</sup>

Tale interpretazione viene confermata da una successiva sentenza della Suprema Corte dove viene affermato che il fenomeno ha carattere elusivo fiscale in quanto mira a spostare all'estero redditi prodotti nel territorio dello Stato, e consiste nell'artificiosa determinazione del prezzo di scambio di beni e servizi nel caso, considerato dalla norma, di società facente capo ad un unitario centro di interesse economico.<sup>153</sup>

---

<sup>149</sup> F. Tesauro, *Compendio di Diritto tributario*, Utet giuridica, p.154.

<sup>150</sup> Così C. Sacchetto, *Il transfer pricing internazionale: una normativa alla ricerca della propria identità*, in *Rassegna Tributaria* n.4/2016, p.886.

<sup>151</sup> C. Sacchetto, *Il transfer pricing internazionale: una normativa alla ricerca della propria identità*, in *Rassegna Tributaria* n.4/2016, p.887.

<sup>152</sup> Cass., Sent. N.11949 del 4 aprile 2012 riportata nell'articolo *Onere probatorio a carico del contribuente nella disciplina del transfer pricing* In GT rivista di giurisprudenza tributaria n.4/2013.

<sup>153</sup> Cass. Sent. N. 4927 del 27 febbraio 2013 riportata nell'articolo *Onere probatorio a carico del contribuente nella disciplina del transfer pricing* In GT rivista di giurisprudenza tributaria n.4/2013.

Inoltre, nelle sentenze citate, la Corte attribuisce importanza al differenziale di tassazione tra gli Stati in cui risiedevano le società del gruppo.

Detto ciò, come sostiene autorevole dottrina nella disposizione in commento “*non vi sono nascondimenti o simulazioni, poiché i corrispettivi fissati tra le parti correlate della transazione sono veri e reali; manca dunque una delle fondamentali caratteristiche fondamentali del concetto di evasione ovvero la mancata dichiarazione del presupposto, una volta che questo è venuto ad esistenza. Manca quel nascondimento di fatti o quell’affermazione di fatti falsi che connota la vera e propria evasione.*”<sup>154</sup>

Sulla base di tali caratteristiche peculiari di tale fenomeno, si può comprendere il motivo in base al quale, la Corte di Cassazione preferisca inquadrare tale norma tra gli strumenti antielusivi; bisogna comunque considerare, che tale norma è assai diversa rispetto alle altre norme che contrastano le prassi simulatorie, o delocalizzazioni reddituali di comodo incentrate su strutture estere non dotate di funzioni economiche effettive. La norma sui prezzi di trasferimento può essere considerata come una norma antielusiva specifica, anche se presenta numerose peculiarità che la contraddistinguono rispetto alle altre fattispecie analizzate.

Occorre segnalare, infatti, che la norma del *transfer pricing*, pur chiaramente connotata sul piano del contrasto alle operazioni di elusione, rileva un’inequivocabile natura sostanziale, impendendo alla società residente nel nostro territorio di determinare in un certo modo la base imponibile IRES.<sup>155</sup>

---

<sup>154</sup> Così D. Stevanato, Il transfer pricing tra evasione ed elusione in GT rivista di giurisprudenza tributaria n.4/2013.

<sup>155</sup> Così M. Beghin, La disciplina del transfer pricing, tra profili sostanziali, profili procedurali, fattispecie di evasione e abuso del diritto.



## 2.6 LIMITE AL RIPORTO DELLE PERDITE FISCALI

Le limitazioni previste al riporto delle perdite fiscali rappresentano una delle più importanti disposizioni antielusive specifiche. Come precisato dall'Agenzia delle Entrate<sup>156</sup>, rientrano nell'ambito della categoria dell'interpello disapplicativo le disposizioni che limitano l'utilizzo delle perdite ai sensi dell'art.84 T.U.I.R., ovvero in caso di fusione ex art. 172 comma 7. L'analisi verrà proposta tenendo in considerazione sia la nozione di abuso del diritto, riportata nell'art. 10-bis dello Statuto dei diritti del contribuente, sia dell'art. 172, comma 7 del T.U.I.R. Questo perché stante il ruolo delle disposizioni antielusive specifiche nel nostro ordinamento così come descritte in precedenza, l'abuso del diritto definito dall'art. 10-bis ricopre lo status di principio preordinato alle regole previste nelle discipline di quest'ultimi, stante la sua collocazione nell'ambito dello Statuto dei diritti del Contribuente. Per tale motivo, la disapplicazione delle disposizioni limitative alla riportabilità delle perdite fiscali e degli interessi passivi nelle operazioni di fusioni, contenute nell'art. 172, comma 7, del T.U.I.R., possa, *de iure* essere accordata alle società per le quali non sia possibile verificare la sussistenza dei requisiti di vitalità economica e/o del patrimonio netto, anche sulla base di ulteriori e maggiori considerazioni.<sup>157</sup>

Prima di soffermare l'attenzione al riporto delle perdite fiscali in occasione delle operazioni di fusione, appare rigoroso, ricordare brevemente la disciplina concernente il riporto delle perdite fiscali in via autonoma, cd. *stand alone*. Il riporto delle perdite per i soggetti IRES è limitato dall'art. 84 T.U.I.R.<sup>158</sup> L'attuale disciplina è il frutto delle modifiche apportate dall'art. 23, comma 9, del D.L. n.98/2011 che ha completamente rivisitato il testo normativo con l'obiettivo di rendere più rigoroso il regime di riporto delle perdite.

In sintesi la norma prevede:<sup>159</sup>

---

<sup>156</sup> Agenzia delle Entrate, circolare n.9/E/2016

<sup>157</sup> L. Rossi, e A. Privitera, Riporto di perdite fiscali e interessi passivi nelle fusioni alla luce del nuovo abuso del diritto, in Corriere Tributario n.10/2016 pg. 738.

<sup>158</sup> Ai sensi dell'art. 84 TUIR "La perdita di un periodo d'imposta, determinata con le stesse norme vevolevoli per la determinazione del reddito, puo' essere computata in diminuzione del reddito dei periodi d'imposta successivi in misura non superiore all'ottanta per cento del reddito imponibile di ciascuno di essi e per l'intero importo che trova capienza in tale ammontare. Per i soggetti che fruiscono di un regime di esenzione dell'utile la perdita e' riportabile per l'ammontare che eccede l'utile che non ha concorso alla formazione del reddito negli esercizi precedenti. La perdita e' diminuita dei proventi esenti dall'imposta diversi da quelli di cui all' articolo 87, per la parte del loro ammontare che eccede i componenti negativi non dedotti ai sensi dell' articolo 109, comma 5. Detta differenza potra' tuttavia essere computata in diminuzione del reddito complessivo in misura tale che l'imposta corrispondente al reddito imponibile risulti compensata da eventuali crediti di imposta, ritenute alla fonte a titolo di acconto, versamenti in acconto, e dalle eccedenze di cui all'articolo 80.

Le perdite realizzate nei primi tre periodi d'imposta dalla data di costituzione possono, con le modalita' previste al comma 1, essere computate in diminuzione del reddito complessivo dei periodi d'imposta successivi entro il limite del reddito imponibile di ciascuno di essi e per l'intero importo che trova capienza nel reddito imponibile di ciascuno di essi a condizione che si riferiscano ad una nuova attivita' produttiva."

<sup>159</sup> Parisi P., Riporto delle perdite per i soggetti IRES, In Pratica Fiscale e Professionale 30/2011 p.22 e ss.

- l'utilizzo delle perdite maturate nei primi tre periodi non trova alcuna limitazione nell'utilizzo ad abbattimento dei redditi dei successivi periodi d'imposta;
- l'utilizzo delle perdite che maturano a decorrere dal quarto periodo d'imposta deve avvenire con delle limitazioni, nello specifico fino a concorrenza dell'80% del reddito imponibile dei successivi esercizi e senza alcun limite temporale.

Invece, in caso di fusione, il riporto delle perdite è soggetto a previsioni normative limitative. Tuttavia, prima di analizzare la norma antielusiva specifica, occorre delineare l'ambito di riferimento, ossia l'operazione di fusione. Quest'ultima può essere definita come un'operazione con la quale *“due o più società uniscono i loro patrimoni e le loro strutture organizzative, diventando un unico organismo sociale, al fine di perseguire diversi obiettivi.”*<sup>160</sup> Le motivazioni che spingono due o più società ad attuare una procedura di fusione sono molteplici e pertanto non rientrano solo motivazioni di carattere economico. Al contrario il più delle volte riguardano motivazioni di carattere organizzativo, di carattere finanziario o ragioni di natura strettamente fiscale dove l'operazione di fusione tra due o più società ha come scopo esclusivo il fine di ottenere un vantaggio fiscale. Proprio per combattere quest'ultimo aspetto il legislatore fiscale ha voluto inserire nel nostro ordinamento una norma antielusive specifiche, che verrà spiegata nel proseguo della trattazione.

La fusione è un'operazione fiscalmente neutrale, ossia non suscettibile di far emergere componenti reddituali. Tale operazione rientra *“nel raggruppamento delle operazioni c.d. neutrali, vale a dire tendenzialmente incapaci, con il loro perfezionamento, materia imponibile sul versante dell'imposizione reddituale.”*<sup>161</sup>

Il principio di neutralità, di fatto sempre presente negli ultimi 40 anni di storia del sistema fiscale italiano<sup>162</sup> *“affonda le sue radici in una diatriba dottrinale e giurisprudenziale volta ad individuare l'effettiva natura civilistica delle operazioni di fusione societaria.”*<sup>163</sup>

---

<sup>160</sup> C. Ruggiero, La fusione aspetti civilistici e fiscali, pubblicato sul sito <http://www.ruggieroeassociati.it/pdf/La%20fusione%20aspetti%20civilistici%20e%20fiscali.pdf>

<sup>161</sup> Beghin M., Diritto tributario, *Per l'università e per la preparazione all'esercizio delle professioni economico-giuridiche*, Wolters Kluwer, p. 738.

<sup>162</sup> Le sua introduzione è avvenuta con il D.P.R. 598/1973

<sup>163</sup> L. de Rosa e A. Russo, Operazioni straordinarie, SistemaFrizzera24, Gruppo 24ore, 2017. Gli autori individuano due tesi; un primo orientamento supportato dalla dottrina prevalente, sostiene che la fusione comporterebbe una mera modifica dell'atto costitutivo senza creazione di nuovi soggetti giuridici né estinzione dei soggetti preesistenti. Un secondo orientamento, supportato dalla giurisprudenza prevalente ma solamente parte della dottrina, prevede che la fusione comporti il trasferimento del patrimonio della società incorporate o fuse alla società incorporante o risultante dalla fusione stessa con contestuale estinzione delle prime e questo permettere di qualificare la fusione come una fattispecie di successione universale. Tuttavia, queste due tesi trovano un punto di contatto ed incontro nelle nozioni di sopravvivenza e continuità degli organismi societari e dei patrimoni aziendali coinvolti la cui traduzione fiscale è avvenuta proprio con il principio di neutralità ossia l'irrelevanza tributaria delle modificazioni soggettive indotte dalla fusione.

Oltre al principio della neutralità fiscale appena richiamata vi è anche un secondo principio fondamentale su cui si fonda la fusione, ovvero il “*principio della continuità dei valori fiscalmente riconosciuti.*”<sup>164</sup>

Tale principio prevede che i beni delle società estinta conservino in capo alla società risultante dalla fusione lo stesso valore originario, in modo da evitare salti d’imposta e doppie imposizioni sullo stesso valore. A ben vedere, sia il principio della neutralità, sia il principio della continuità dei valori fiscalmente riconosciuti si correlano al principio di simmetria, secondo il quale il mancato realizzo di plusvalori tassati sui beni delle società incorporata o fusa trasferiti per effetto della fusione non può determinare un innalzamento dei relativi valori fiscali in capo alla società risultante.<sup>165</sup> È da precisare, inoltre, che il principio della continuità dei valori non opera solo in caso di fusione, ma rappresenta un principio ispiratore dell’ordinamento tributario all’interno del reddito d’impresa.

Fatta questa introduzione, il riporto delle perdite è consentito anche nel caso in cui la società che le ha generate partecipi ad un’operazione di fusione, ma tale diritto è limitato dalle disposizioni antielusive previste dall’art. 172, comma 7, del T.U.I.R., preordinate a contrastare il fenomeno del c.d. “commercio di bare fiscali”, ossia società, prive di capacità produttiva, la cui unica dote è rappresentata proprio dalle perdite fiscali e/o dalle eccedenze di interessi passivi, che la società risultante alla fusione, a seguito dall’integrazione, può utilizzare al fine di abbattere i propri eventuali redditi imponibili futuri.<sup>166</sup>

Nel dettaglio, la norma richiamata si propone di impedire l’implementazione di quelle manovre intese a realizzare, mentre l’operazione di aggregazione, la compensazione intersoggettiva sia degli interessi passivi sia delle perdite fiscali tra i diversi soggetti coinvolti nell’operazione, subordinando in capo alla società risultante dalla fusione, il diritto di utilizzare entrambe le posizioni soggettive alla sussistenza di determinate condizioni.

Ai sensi dell’art. 172, comma 7, le perdite delle società che partecipano alla fusione, compresa la società incorporante, possono essere riportate anche nei periodo di imposta successivi alla data di decorrenza della fusione, fermo restando il rispetto dei limiti temporali di cui all’art.84 del T.U.I.R., soltanto se dal conto economico della società le cui perdite sono riportabili, relativo all’esercizio precedente a quello in cui la fusione è stata deliberata, emergano<sup>167</sup>:

- un ammontare di ricavi dell’attività caratteristica; ed

---

<sup>164</sup> E.Fusa, Differenze di fusione, rilevanza in bilancio e aspetti fiscali: problematiche riscontrabili, in *Il Fisco*, 2012, fasc. 1, pag. 3711.

<sup>165</sup> L. de Rosa e A. Russo, Operazioni straordinarie, *SistemaFrizzera*24, Gruppo 24ore, 2017.

<sup>166</sup> La disposizione inizialmente era riferita esclusivamente al riporto delle perdite fiscali ma successivamente venne estesa anche al riporto degli interessi passivi dalla Legge finanziaria del 2008. In questo senso è utile richiamare la Relazione Illustrativa della Legge finanziaria 2008 e il paragrafo 2.8 della circolare n.19/E/2009.

<sup>167</sup> F.Carrirolo, Fusioni e scissioni societarie: vitalità e patrimonio netto, in *Il fisco* n.47/48 2018.

- un ammontare di spese per prestazioni di lavoro subordinato e relativi contributi; superiori al 40% rispetto a quelli risultante della media degli ultimi due esercizi precedenti.

Si ponga il caso di una fusione deliberata nel 2019, dove la società A ha perdite fiscali, mentre la società B non ha perdite fiscali.

Test di vitalità			
Società A	2018	2017	2016
Ricavi e proventi dell'attività caratteristica	1000	700	500
Spese per prestazioni di lavoro subordinato e relativi contributi	200	150	100

Nell'esempio sopra riportato, sia i ricavi che le spese di lavoro subordinato risultano essere superiori al 40% delle medie dei due esercizi precedenti. Nel caso di specie, risultando soddisfatto il requisito della vitalità, le perdite realizzate anteriormente alla fusione potranno essere portate in deduzione del reddito della società incorporante o risultante dall'operazione. Tuttavia, l'art. 172 comma 7 del T.U.I.R. prevede un'ulteriore limite. Infatti, una volta accertato che le società partecipanti alla fusione rispettino i requisiti imposti dal test di vitalità, è necessario stabilire l'ammontare delle perdite che la società risultante dalla fusione potrà utilizzare nei periodo di imposta successivi.<sup>168</sup> In particolare, la norma prevede che, le perdite delle società partecipanti alla fusione possano essere portate in diminuzione del reddito della società risultante dalla fusione nel limite del patrimonio netto risultante dell'ultimo bilancio approvato dalla società o, se inferiore, nel limite del patrimonio netto risultante dalla situazione patrimoniale, se redatta, prescritta dal Codice Civile, senza tener conto dei conferimenti e versamenti fatti negli ultimi 24 mesi anteriori al bilancio o alla situazione patrimoniale.

In base al dato letterale della norma è necessario che gli indicatori di vitalità economica siano ricavati dal conto economico relativo all'esercizio precedente a quello in cui l'operazione di fusione è stata deliberata, a prescindere o meno dalla retrodatazione degli effetti fiscali della fusione. Ciò nonostante, secondo l'Agenzia delle Entrate<sup>169</sup> la disposizione deve essere interpretata nel senso che, i requisiti minimi di vitalità economica debbano sussistere non solo nel periodo precedente alla fusione, bensì debbano continuare a permanere fino al momento in cui la fusione è stata deliberata.

*“La disposizione, infatti, sarebbe privata della sua portata antielusiva qualora fosse consentito il riporto delle perdite fiscali ad una società che è stata completamente depotenziata nell'arco*

<sup>168</sup> M. Leo, Testo unico sulle imposte sui redditi, 2018, pg. 2861 e ss.

<sup>169</sup> Si vedano le risoluzioni n. 116/E del 24 ottobre 2006, 143/E del 10 aprile 2008 e la circolare 6/E/2016 del 30 marzo 2016.

*di tempo intercorrente tra la chiusura dell'esercizio precedente alla fusione e la deliberazione dell'operazione stessa".*<sup>170</sup>

L'Agenzia ritiene che la *ratio* della norma sia quella di contrastare le operazioni di commercio delle c.d. bare fiscali e di conseguenza il test di vitalità dovrebbe risultare verificato anche con riferimento all'intervallo di tempo tra l'inizio del periodo d'imposta e la data di efficacia giuridica dell'operazione.<sup>171</sup>

In sostanza, le perdite precluse *“sono quelle generate della società che manifesta il problema (di scarso patrimonio netto e/o di vitalità): nell'ambito di una fusione per incorporazione, i due soggetti coinvolti (incorporante e incorporata) potrebbero aver situazioni diverse, essendo l'uno capiente e vitale, e l'altro <depotenziato>. La verifica va compiuta ogniqualvolta uno o più società partecipanti all'operazione non soddisfino gli indici normativamente prescritti.”*<sup>172</sup>

Trattandosi di norme sostanziali aventi portata antielusiva, in epoca anteriore alla pubblicazione dei Decreti legislativi emanati ai sensi della Legge n.23/2014, la disapplicazione delle disposizioni contenute nell'art. 172, comma 7, del T.U.I.R. poteva essere richiesta dal contribuente ai sensi del comma 8 dell'art.37-bis del D.P.R. n.600/1973, in base al quale *“Le norme tributarie che, allo scopo di contrastare comportamenti elusivi, limitano deduzioni, detrazioni, crediti d'imposta o altra posizioni soggettive altrimenti ammesse dell'ordinamento tributario, possono essere disapplicate qualora il contribuente dimostri nella particolare fattispecie tali effetti elusivi non potevano verificarsi.”*

Ad oggi invece, per effetto delle modifiche introdotte nell'ordinamento tributario nazionale, è stato espressamente previsto che nell'ambito delle operazioni di fusione al fine di disapplicare le disposizioni elusive contenute nell'art. 172, comma 7 del T.U.I.R., il contribuente interpellì l'Amministrazione finanziaria ai sensi dell'art. 11, comma 2, delle Legge n.212/2000.

Quindi, nel contesto normativo attuale, l'interpello è fisiologicamente inserito all'interno delle disposizioni del riporto delle perdite; il contribuente, al fine della disapplicazione dei limiti previsti, deve dimostrare che non si configuri una situazione di attività economica svuotata, ricorrendo la quale, il legislatore disconosce il diritto alla compensazione delle perdite.<sup>173</sup>

Ai fini della disapplicazione dei limiti al riporto delle perdite fiscali e/o degli interessi passivi, relativamente alle società non in grado di verificare la sussistenza dei predetti requisiti economici di vitalità economica e/o del requisito del patrimonio netto previsti dalla disciplina

---

<sup>170</sup> Salvi G., Fusione della target nella spac: effetti sulle perdite e sull'Ace, In Amministrazione & Finanza, 6/2019, p.7 e ss.

<sup>171</sup> Gallio F., Indici di vitalità da verificare per riportabilità di perdite, ace e interessi passivi nella fusione – disapplicazione delle norme antielusive sulla riportabilità delle perdite, interessi e ace in caso di fusione, in GT – Rivista di Giurisprudenza Tributaria, 4/2017, p.365 e ss.

<sup>172</sup> F.Carrirolo, Fusioni e scissioni societarie: vitalità e patrimonio netto, in Il fisco n.47/48 2018.

<sup>173</sup>F.Carrirolo, Fusioni e scissioni societarie: vitalità e patrimonio netto, in Il fisco n.47/48 2018.

vigente, l'Amministrazione finanziaria in passato, e fino all'introduzione dell'art. 10-bis, ha valorizzato unicamente la circostanza della non ascrivibilità della società in esame nel novero delle c.d. *bare fiscali*; doveva essere dimostrato che, il mancato superamento dei requisiti previsti dalla disposizione in parola fosse dovuto a fattori meramente contingenti e non ad un effettivo depotenziamento della società, ovvero che l'operazione, per le modalità con cui era stata strutturata, non comportasse la compensazione intersoggettiva delle eccedenze degli interessi passivi e delle perdite fiscali di una società, rispettivamente, con il ROL e con gli utili imponibili di un'altra società.<sup>174</sup>

Al contrario, non veniva attribuita significativa importanza al fatto che, le operazioni di fusione a cui le società non in possesso dei sopra menzionati requisiti partecipavano, fossero sorrette o meno da valide ragioni economiche, diverse da quelle di natura prettamente tributaria, circostanza che, invece, assumeva rilevanza prevalentemente ai fini della disapplicazione della norma antielusiva generale di cui all'art. 37.bis.<sup>175</sup>

### **2.6.1 EXCURSUS NORMATIVO: RATIO DEI LIMITI PREVISTI DAL LEGISLATORE**

Il nucleo originario della disposizione in esame risale al D.L. 277/1986 (convertito, con modificazioni, nella L. 487/1986) che introdusse, nell'art.17 del D.P.R. 598/1973, la previsione secondo cui *“in caso di fusione le perdite delle società che partecipano alla fusione, compresa l'incorporante, non possono essere portate in diminuzione del reddito della società risultante dalla fusione o incorporante per la parte del loro ammontare che eccede quello del rispettivo patrimonio netto quale risulta dalla situazione patrimoniale di cui all'art.2502 del codice civile, senza tenere conto dei conferimenti e versamenti fatti negli ultimi diciotto mesi”*.

Come evidenziato nella relazione ministeriale, l'obiettivo dell'intervento era quello di evitare fenomeni di acquisto di *“società in perdita, con perdite che superano spesso, anche di molto, il patrimonio netto della società fusa o incorporata, al fine di diminuire o annullare il reddito imponibile di società incorporanti aventi redditi particolarmente elevati e dando così luogo a vistose forme di elusione delle imposte”*.

Tale intervento intendeva limitare, in particolare, il fenomeno diffuso negli anni settanta ed ottanta “denominato ‘mercato delle scatole vuote’, o anche come ‘mercato delle bare fiscali’ consistente nell'acquisto di società totalmente prive di qualsiasi ‘sostanza imprenditoriale’ al

---

<sup>174</sup> L. Rossi, e A. Privitera, *Riporto di perdite fiscali e interessi passivi nelle fusioni alla luce del nuovo abuso del diritto*, in *Corriere Tributario* n.10/2016 pg. 734.

<sup>175</sup> L'art. come già visto in precedenza, era condizionato dal verificarsi di operazioni analiticamente individuate, tra cui erano ricomprese anche le fusioni. L. Rossi, e A. Privitera, *Riporto di perdite fiscali e interessi passivi nelle fusioni alla luce del nuovo abuso del diritto*, in *Corriere Tributario* n.10/2016 pg. 734.

solo ed esclusivo scopo di sfruttare, previa fusione per incorporazione, le perdite fiscalmente riconosciute.<sup>176</sup>

La disposizione di cui al D.L. 277/1986 fu successivamente recepita nella stesura del T.U.I.R. in quanto “il principio del subentro, senza un adeguato correttivo, può consentire, e ha consentito, manovre evasive consistenti nella incorporazione di società ormai prive di ogni attività economica al solo scopo di decurtare il reddito imponibile compensandolo con le perdite fiscali da esse accumulate in esercizi precedenti. La disposizione proposta intende attuare una soluzione equilibrata che pur mantenendo fermo il diritto del riporto delle perdite, eviti che per mezzo della fusione si trasmettano deduzioni del tutto sproporzionate alle consistenze patrimoniali delle società fuse o incorporate”<sup>177</sup>

Nel tempo la disposizione in esame è stata più volte modificata.<sup>178</sup> In particolare, la L. 67/1988 ha elevato il periodo rilevante, ai fini della neutralizzazione dei conferimenti, da diciotto a ventiquattro mesi e ha introdotto l’ulteriore condizione che dal conto economico della società in perdita, relativo all’esercizio precedente a quello in cui la fusione è stata deliberata, risulti un ammontare di ricavi e spese per lavoro subordinato superiore al 40% di quello risultante dalla media dei due esercizi precedenti.

Il D.L. 69 del 1989 ha stabilito che il patrimonio netto di riferimento, ai fini del controllo, è quello che risulta dall’ultimo bilancio o, se inferiore, dalla situazione patrimoniale di fusione. La previsione di tali limiti più rigorosi per la deduzione delle perdite della società incorporata o partecipante alla fusione aveva come scopo quello di contrastare la “*possibilità di eludere norme impositive attraverso la fusione o l’incorporazione, determinata esclusivamente da considerazioni di ordine fiscale, di società in perdita*”.<sup>179</sup>

Il successivo D.L. 223 del 2006 ha integrato l’art. 172, comma 7, Tuir prevedendo che «*In caso di retrodatazione degli effetti fiscali della fusione ai sensi del comma 9, le limitazioni del presente comma si applicano anche al risultato negativo, determinabile applicando le regole ordinarie, che si sarebbe generato in modo autonomo in capo ai soggetti che partecipano alla fusione in relazione al periodo che intercorre tra l’inizio del periodo d’imposta e la data antecedente a quella di efficacia giuridica della fusione*».

Successivamente, la L. 244 del 2007 (Legge Finanziaria per il 2008) ha previsto l’estensione delle riferite limitazioni agli interessi passivi indeducibili oggetto di riporto in avanti ai sensi dell’art. 96 TUIR.

---

<sup>176</sup> PANSIERI, Commento alla legge 8 agosto 1986, 487, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 1987, p. 238

<sup>177</sup> Relazione ministeriale allo schema del D.L. 277/1986

<sup>178</sup> In particolare è diventato art. 123, c. 5, e quindi art. 172, c. 7, TUIR

<sup>179</sup> Relazione ministeriale al D.L. 69/1989

Come evidenziato dalla relazione di accompagnamento al disegno di legge, tale modifica ha anch'essa finalità antielusiva poiché intende “evitare, similmente al caso delle perdite, che le operazioni straordinarie siano fatte al precipuo scopo di subentrare nel diritto alla deduzione a titolo di interessi portati a nuovo”.

Tanto premesso, è indubbio che i ripetuti interventi di modifica abbiano confermato che la funzione originaria di tale disposizione fosse antielusiva e che la medesima non si è modificata negli anni. Secondo autorevole dottrina<sup>180</sup> la norma svolgeva, e svolge, una funzione antielusiva, limitando posizioni soggettive, quali il diritto al riporto delle perdite e degli interessi passivi eccedenti, allo scopo di evitare che di tali posizioni soggettive si facesse commercio a danno dell'Erario.

In conclusione come sostenuto da autorevole dottrina “*le disposizioni di cui all'art. 172, comma 7, del T.U.I.R., aventi la finalità di contrastare taluni effetti elusivi della fusione, non possono trovare applicazione nei casi in cui le società partecipanti alla fusione non siano riconducibili nel novero delle c.d. bare fiscali e l'operazione non sia <ex se> elusiva ai sensi dell'art. 10-bis della Legge n.212/2000, che rappresenta il faro cui orientare l'applicazione di tutte le disposizioni antielusive previste dall'ordinamento nazionale.*”<sup>181</sup>

---

<sup>180</sup> PANSIERI, op.cit., p.: LUPI, *Riporto delle perdite e fusioni di società*, in *Rass.trib.*, 1988, I, p. 287; SPECA, *Il riporto delle perdite per la società risultante dalla fusione*, in *Dir.prat.trib.*, 1987, I, p. 373

<sup>181</sup> L. Rossi, e A. Privitera, *Riporto di perdite fiscali e interessi passivi nelle fusioni alla luce del nuovo abuso del diritto*, in *Corriere Tributario* n.10/2016 pg. 731 e ss.



## **CAP. 3 FUSIONE TRA SOCIETÀ E TASSAZIONE DI GRUPPO - ANALISI DI UN CASO SPECIFICO**

3.1 Fusioni che non interrompono la tassazione di gruppo; 3.2 Fusioni che interrompono il regime di consolidato; 3.3 Fusioni che potrebbero causare l'interruzione del consolidato; 3.4 Fusione con estinzione del consolidato - Analisi di un caso specifico

Alla luce della definizione dell'abuso del diritto e delle disposizioni specifiche antielusive, nel presente capitolo verrà analizzata con più precisione la disposizione antielusiva che limita il riporto delle perdite in caso di fusione, affrontando tale questione nella interessante ipotesi in cui a seguito della fusione vi sia anche l'interruzione del consolidato fiscale.

La particolarità sta nel fatto che tali operazioni richiedono il coordinamento tra due diversi regimi di utilizzo intersoggettivo delle perdite: da un lato, il regime del consolidato fiscale che permette la libera circolazione delle perdite prodotte dai soggetti che partecipano alla tassazione di gruppo nel periodo di vigenza di tal regime e impedisce, invece, il trasferimento delle perdite maturate dagli stessi soggetti in periodo antecedenti a quello di ingresso del consolidato; dall'altro il regime delle fusioni che permette l'utilizzo intersoggettivo di tutte le perdite pregresse dei soggetti che vi hanno partecipato ma solo entro i limiti e le condizioni previsti dalle disposizioni contenute nell'art. 172 comma 7 del T.U.I.R.<sup>182</sup> Alla luce dei possibili problemi di coordinamento tra questi due regimi è intervenuta l'Agenzia delle Entrate con la circolare 9/E del 9 marzo 2010.<sup>183</sup>

Questa sovrapposizione di questi due sistemi deve avvenire in modo tale da salvaguardare entrambe le esigenze: da una parte quella di non ostacolare la libera circolazione di utili e perdite prodotte dalle società appartenenti al consolidato fiscale durante il periodo della sua vigenza, mentre dall'altra quella di impedire manovre elusive dirette al superamento dei limiti posti all'utilizzo delle perdite pregresse al consolidato.<sup>184</sup>

Prima di proseguire la trattazione occorre spiegare che cosa si intende per consolidato fiscale.

---

<sup>182</sup> L'agenzia delle Entrate nella circolare 9/E del 2010 pone proprio rilevanza sul fatto che scopo primario della tassazione di gruppo è di realizzare l'integrale compensazione intersoggettiva dei risultati imponibili positivi e negativi conseguiti nei periodi di vigenza dell'opzione dai soggetti che ad essa partecipano ed è quindi connaturale a questa sistema il trasferimento delle perdite realizzate in vigenza del consolidato alla *fiscal unit* al fine della compensazione. Al contrario, nelle operazioni di fusione e scissione la disciplina al riporto delle perdite è diretta a contrastare possibili manovre elusive preordinate al recupero di perdite fiscali accumulate in esercizi precedenti che avrebbero scarse possibilità di utilizzo da parte della società che le ha prodotte. Circ. Assonime 15.06.2010 n.20

<sup>183</sup> La circolare in commento prima analizza la disciplina del riporto delle perdite nelle operazioni di fusione per poi concentrare l'attenzione su tali operazioni straordinarie che coinvolgono società che partecipano ad un consolidato fiscale nazionale.

<sup>184</sup> Circ. Assonime 15.06.2010 n.20

A partire dal 2004 è stato introdotto dal legislatore fiscale un regime opzionale che consente alle società di capitali appartenenti ad un medesimo gruppo di determinare unitariamente il reddito d'impresa in capo al soggetto controllante.<sup>185</sup> Con riferimento al consolidato fiscale nazionale, quest'ultimo è disciplinato dagli art. 117 e ss. del T.U.I.R. ed è appunto finalizzato a fare acquisire al gruppo di imprese un riconoscimento quale soggetto unico d'imposta.<sup>186</sup> Attraverso tale strumento giuridico il reddito imponibile consolidato è determinato dalla somma algebrica dei redditi e delle perdite delle società che hanno esercitato l'opzione. Ai sensi dell'art. 118 infatti, *“l'esercizio dell'opzione per la tassazione di gruppo di cui all'articolo 117 comporta la determinazione di un reddito complessivo globale corrispondente alla somma algebrica dei redditi complessivi netti da considerare, quanto alle società controllate, per l'intero importo indipendentemente dalla quota di partecipazione riferibile al soggetto controllante. Al soggetto controllante compete il riporto a nuovo della eventuale perdita risultante dalla somma algebrica degli imponibili, la liquidazione dell'unica imposta dovuta o dell'unica eccedenza rimborsabile o riportabile a nuovo.”*

L'adozione del regime del consolidato fiscale nazionale consente alle imprese aderenti di conseguire diversi vantaggi, rappresentati dalla possibilità di immediato utilizzo in compensazione di crediti verso l'Erario di un soggetto aderente al consolidato con posizioni di debito verso il Fisco di un altro soggetto aderente al consolidato.<sup>187</sup>

Per poter accedere al regime del consolidato fiscale sono necessari l'esistenza di una serie di requisiti che possono essere distinti in soggettivi ed oggettivi. I primi riguardano la natura soggettiva delle società che aderiscono, sia in qualità di consolidante, sia in qualità di consolidate.<sup>188</sup> I secondi hanno ad oggetto il rapporto di controllo che deve sussistere tra la consolidante e ciascuna della singola consolidata. In particolare, tra la consolidante e consolidata deve sussistere un rapporto di controllo ex art. 2359 cc. con i requisiti dell'art. 120 del T.U.I.R.<sup>189</sup>

---

<sup>185</sup> E. Zanetti, Manuali delle operazioni straordinarie IV ed, p. 1113-1222.

<sup>186</sup> Odetto G., *I caratteri generale del consolidato fiscale nazionale*, in Azienda & Fisco, 8/2004, p.11 e ss.

<sup>187</sup> E. Zanetti, Manuali delle operazioni straordinarie IV ed, p. 1113-1222.

<sup>188</sup> Ai sensi dell'art. 117 co. 1 del TUIR, i soggetti che possono optare per la tassazione di gruppo sono quelli di cui all'art. 73 co. 1 lett. a), b) e d) del TUIR, ossia i) società residenti di capitali, lucrative (spa, sapa e srl), mutualistiche (società cooperative e di mutua assicurazione) e consortili e ii) gli enti residenti pubblici e privati diversi dalle società che hanno per oggetto esclusivo o principale dell'attività l'esercizio di attività commerciali (c.d. "enti commerciali"). Di questi, ex art. 120 co. 1 del TUIR, solo le società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata possono esercitare l'opzione per la tassazione di gruppo sia quali soggetto controllante sia quali soggetto controllato, mentre gli altri possono esercitarla soltanto quali soggetto controllante.

<sup>189</sup> Ai fini dell'opzione del consolidato fiscale nazionale risulta necessario che il rapporto intercorrente tra la consolidante e la consolidata abbia tutte le seguenti caratteristiche:

- Attribuzione di diritto di voto esercitabili nell'assemblea ordinaria della società consolidata in misura superiore al 50% dei voti complessivi
- Partecipazione al capitale sociale della società controllata in misura superiore al 50%

Come sostenuto in dottrina, occorre rilevare che *“le limitazioni al riporto delle perdite, delle eccedenze di interessi passivi e dell’ACE operano in modo specifico per le fusioni tra soggetti che hanno optato per il regime della tassazione di gruppo.”*<sup>190</sup>

In particolare, è possibile distinguere tra fusioni che non interrompono la tassazione di gruppo, le fusioni che interrompono il regime di consolidato ed infine le fusioni che potrebbero causare l’interruzione del consolidato. A tal proposito occorre precisare che la circolare 53/E del 2004 ha individuato le fattispecie che possono determinare o meno l’interruzione della tassazione di gruppo. In dettaglio, gli eventi che interrompono il consolidato sono<sup>191</sup>:

- la perdita del requisito del controllo;
- società che fruiscono di riduzione dell’aliquota IRES;
- società assoggettata alle procedure di fallimento, liquidazione coatta amministrativa ovvero di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza;
- liquidazione giudiziale
- trasformazione regressiva
- trasformazione della consolidata in un soggetto avente natura giuridica diversa da una di quelle indicata nell’art. 120 del T.U.I.R.;
- trasformazione della consolidante in un soggetto diverso rispetto a quelli individuati all’art. 117 del T.U.I.R.;
- trasferimento all’estero della residenza della consolidata o consolidante se la stessa non rispetta i requisiti dell’art. 117;
- fusione della società consolidata con una società non inclusa nel consolidato;

In tutti questi casi si applicheranno gli effetti dell’art. 124 T.U.I.R.

Al contrario, i principali fenomeni che non determinano la cessazione della tassazione di gruppo possono essere così riassunti: <sup>192</sup>

- fusione per incorporazione della consolidante in una consolidata e in questo caso il consolidato sopravvive nei confronti delle altre consolidate;
- fusione della consolidante con una società non inclusa nel consolidato;

---

- Partecipazione agli utili della società consolidata in misura superiore al 50%.  
*“I tre requisiti debbano sussistere ininterrottamente fin dall’inizio del primo esercizio di efficacia dell’opzione.”*  
Cit. <sup>189</sup> E. Zanetti in Manuali delle operazioni straordinarie IV ed, p. 1125.

Ai fini della verifica il primo passaggio è quello di controllare il controllo di diritto per poi verificare se sussiste anche una partecipazione al capitale sociale e agli utili superiore al limite del 50% imposta dal legislatore.

<sup>190</sup> Sanna S. e SUMA S., Fusioni societarie: riporto delle perdite degli interessi e dell’ACE in Eutekne, Schede n.1217.01 – Numero 3 – Marzo 2018.

<sup>191</sup> M. Confalonieri, Trasformazione, fusione, conferimento, scissione e liquidazione delle società, Aspetti civilistici, contabili e fiscali delle operazioni straordinarie, Gruppo 24 ORE, pg. 370.

<sup>192</sup> M. Confalonieri, Trasformazione, fusione, conferimento, scissione e liquidazione delle società, Aspetti civilistici, contabili e fiscali delle operazioni straordinarie, Gruppo 24 ORE, pg. 371

- fusione tra società consolidate. In questo caso il vincolo di permanenza temporale nel consolidato delle società partecipanti alla fusione si trasferisce alla società risultante dalla fusione.
- fusione per incorporazione di società non inclusa nel consolidato in società inclusa nel consolidato qualora siano soddisfatti i requisiti dell'art. 117 del T.U.I.R.

### **3.1 FUSIONI CHE NON INTERROMPONO LA TASSAZIONE DI GRUPPO**

La normativa sul consolidato non contiene nessuna alcuna disposizione in merito all'applicabilità delle limitazioni al riporto delle perdite, in operazioni di fusione e scissione, tra società che hanno optato per il regime del consolidato fiscale nazionale. L'unico riferimento normativo in merito a tale fattispecie è dato dall'art. 12 del D.M. 9/6/2004<sup>193</sup> (i.e. decreto attuativo del regime di tassazione del consolidato nazionale) secondo cui si applicano comunque le disposizioni dell'art. 172 del T.U.I.R., ad esclusione del comma 10, nelle operazioni di fusioni che non interrompono la tassazione di gruppo. In via generale valgono quindi le disposizioni antielusive previste in materia di riporto delle perdite già viste in precedenza.

Sul tema la circolare 9/E del 2010 ha precisato che *“in presenza di operazioni di fusione e scissione che non interrompono la tassazione di gruppo, le disposizioni limitative al riporto delle perdite troveranno applicazione solo con riferimento alle perdite pregresse al consolidato, rimanendo escluse le perdite maturate dalle società partecipanti alle operazioni negli esercizi di validità dell'opzione, in quanto nessun effetto elusivo è ravvisabile – almeno da un punto di vista teorico – con riferimento al riporto delle perdite, finché permane la tassazione di gruppo.”*

La spiegazione del diverso trattamento può essere spiegata dal fatto che le perdite ante consolidato sono escluse dalla compensazione intersoggettiva degli imponibili fiscali nell'ambito della tassazione di gruppo, per cui se non si applicassero i limiti di cui all'art. 172, comma 7, del T.U.I.R., tali perdite potrebbero essere sfruttate dall'incorporante o dal nuovo soggetto risultante dalla fusione, in contrasto sia con l'art. 118, comma 2, del T.U.I.R., sia con lo scopo antielusivo dell'art. 117, comma 7, del T.U.I.R.<sup>194</sup> Quindi le perdite prodotte ante consolidato subiscono i limiti antielusivi in caso di operazioni straordinarie e ciò è dovuto al fatto che si riferiscono a periodi di imposta in cui le società che hanno prodotto le perdite avevano una autonomia soggettiva.<sup>195</sup>

---

<sup>193</sup> Attualmente incorporato nel D.M. 1/3/2018

<sup>194</sup> Guglielmi N., *Ripartibilità delle perdite e degli interessi passivi indeducibili in caso di consolidato fiscale*, Azienda & Fisco, 6 / 2011, p. 51

<sup>195</sup> Tacchia K., *Circolare n. 9/e del 9 marzo 2010 - fusioni e scissioni tra società consolidate. riporto delle perdite fiscali*, in il fisco, 30 / 2010 - parte 1, p. 4786

Questo sulla base che il regime del consolidato fiscale nazionale, in assenza di fusione, avrebbe consentito la compensazione intersoggettiva delle perdite conseguite negli esercizi di validità dell'opzione con la logica conseguenza che tali operazioni risultano essere "neutrali" nei confronti delle perdite fiscali residue risultanti dalla dichiarazione dei redditi del consolidato.<sup>196</sup> In sintesi, il ricorso alla fusione non determina alcun vantaggio superfluo in termini di recupero di perdite fiscali conseguite in vigore dell'opzione che le norme sul consolidato già non consentano, ed è sulla base di tale ricostruzione che si basa il ragionamento dell'Agenzia delle Entrate.<sup>197</sup>

Tuttavia, come sostiene autorevole dottrina, anche in questo assetto interpretativo potrebbero manifestarsi problemi di arbitraggio laddove le operazioni di fusione e scissione vengano attuate in funzione dell'utilizzo delle perdite da parte di singole società successivamente all'interruzione.<sup>198</sup>

### **3.2 FUSIONI CHE INTERROMPONO IL REGIME DI CONSOLIDATO**

Con riferimento alle fusioni che interrompono il regime di consolidato l'Agenzia non affronta esplicitamente il tema. Sul punto però non appare confuso il coordinamento delle due diverse discipline. Per le fusioni che provocano la cessazione della tassazione consolidata le limitazioni previste dall'art. 172 co. 7 del T.U.I.R. (i.e. vitality test ed equity test) si applicano a tutte le perdite fiscali della società che, per effetto dell'operazione fuoriescono dal gruppo fiscale. Per chiarezza espositiva si fa riferimento dunque, sia alle perdite pregresse non utilizzate quanto a quelle riattribuite alle singole società in base all'art. 124 del T.U.I.R.

### **3.3 FUSIONI CHE POTREBBERO CAUSARE L'INTERRUZIONE DEL CONSOLIDATO**

L'art. 124 T.U.I.R stabilisce le cause che possono determinare l'interruzione della tassazione di gruppo prima del compimento del triennio. In base al co.5 di tale articolo, la fusione del soggetto consolidante con una società o ente non appartenente al consolidato costituisce operazione a far venir meno il requisito del controllo e/o gli altri requisiti richiesti ai fini dell'accesso al regime. Tuttavia, qualora a seguito della fusione risultino comunque soddisfatti

---

<sup>196</sup> Sanna S. e SUMA S., Fusioni societarie: riporto delle perdite degli interessi e dell'ACE in Eutekne, Schede n.1217.01 – Numero 3 – Marzo 2018.

<sup>197</sup> *Come sostenuto in dottrina "la circ. n. 9/E del 2010 appare rispettosa dei principi che regolano gli istituti coinvolti, in quanto:*

- *non lede il principio di diritto al riporto delle perdite in quanto non si verifica compensazione intersoggettiva;*
- *non risulta applicabile una disciplina antielusiva in quanto non si verificano vantaggi tributari maggiori di quelli offerti dal consolidato fiscale;*
- *non viola le regole di circolazione delle perdite nell'ambito del consolidato fiscale."* Così Tacchia K. op. cit.

<sup>198</sup> Circ. Assonime 15.06.2010 n.20

i requisiti richiesti per l'esercizio dell'opzione il consolidato non si interrompe. In questo caso, “*il contribuente la società o ente controllante può interpellare l'amministrazione ai sensi dell'articolo 11, comma 1, lettera b), della legge 27 luglio 2000, n. 212 recante lo Statuto dei diritti del contribuente.*”

Invero “*secondo la stessa Agenzia delle Entrate, le operazioni di fusione per incorporazione di una consolidante in un'altra consolidante non precludono, di per sé, la continuazione del regime di tassazione consolidata*”.<sup>199</sup>

### **3.4 FUSIONE CON ESTINZIONE DEL CONSOLIDATO - ANALISI DI UN CASO SPECIFICO**

Un caso interessante particolare si può trovare nell'ipotesi di fusione tra società all'interno del gruppo che determinato l'estinzione del regime di tassazione consolidato. Stante alla disposizioni pocanzi richiamate, essendo un'operazione che interrompe il consolidato, le perdite fiscali devono essere assoggettate alle disposizioni dell'art. 172 comma 7 del T.U.I.R. comprese le perdite prodotte in vigenza del consolidato. Tali perdite, però, risultano nella disponibilità della *fiscal unit* e sarebbe più coerente se esse fossero escluse dei limiti ivi previsti. Non essendoci una disposizione specifica che regola tale fattispecie la società Alfa<sup>200</sup> ha deciso di presentare un'istanza di interpello.

Nel dettaglio, detta società Alfa ha approvato un'operazione di fusione per incorporazione della propria controllata Beta, della quale detiene l'intero capitale sociale. Entrambe le società sono in regime di consolidato fiscale nazionale; Alfa in qualità di consolidante e Beta, in qualità di consolidata. Pertanto, l'operazione di fusione comporterebbe l'interruzione della *fiscal unit*, essendo il consolidato fiscale costituito dalle sole due società coinvolte nella fusione.

Inoltre, nel caso di specie, l'attività d'impresa della Beta è svolta direttamente dalla società Alfa, per effetto di un contratto di affitto di azienda, mediante il quale la società Beta ha concesso in affitto alla Alfa il ramo d'azienda, dedicato alle lavorazioni dell'industria pesante. Pertanto, a livello di business, le attività di entrambe le società sono già operativamente concentrate nella sola società Alfa, avendo la società Beta concesso in affitto alla propria controllante l'azienda.

Il consolidato fiscale presenta un ammontare significativo di perdite fiscalmente riportabili, interamente generate in regime di consolidato fiscale, di passivi indeducibili e un'eccedenza di beneficio ACE.<sup>201</sup>

---

<sup>199</sup> Si fa riferimento alle risoluzioni n.116/2007, 139/2008 e 101/2009 Cfr. Sanna S. e SUMA S., Fusioni societarie: riporto delle perdite degli interessi e dell'ACE in Eutekne, Schede n.1217.01 – Numero 3 – Marzo 2018.

<sup>200</sup> Alfa è un'azienda metalmeccanica, specializzata nella produzione di apparecchi a pressione per l'industria pesante.

<sup>201</sup> Il Gruppo ha registrato delle notevoli difficoltà, dovute principalmente alla crisi del settore e ai cospicui investimenti effettuati in passato. In particolare, la società ha attraversato negli ultimi anni una situazione di

In base al tenore letterario per i casi in cui la fusione determina una interruzione del consolidato le perdite fiscali, gli interessi passivi indeducibili e l'eccedenza ACE generate durante la vigenza del consolidato possono essere riportati solo se superano i requisiti della norma antielusiva, oltre che quelli generati nei periodi antecedenti alla fusione <sup>202</sup>

Nel caso di specie, dall'esame di ciascuna delle condizioni previste dalla norma emerge come il vitality test (valore medio dei ricavi e del costo per lavoratori subordinati) sia superato e di conseguenza, la società sia assolutamente vitale; al contrario il test sul patrimonio netto non viene superato a causa della citata sterilizzazione prevista dalla norma.

Applicando letteralmente le disposizioni dell'art. 172, comma 7, TUIR, Alfa si troverebbe quindi nella condizione di non poter dedurre né le perdite pregresse maturate dalla stessa, né gli interessi né le eccedenze ACE.

Al fine di evitare ciò e per dimostrare le valide ragioni extrafiscali che stanno alla base dell'operazione, Alfa ha deciso di presentare un interpello disapplicativo ai sensi dell'art. 11, comma 2, L. 212/2000. <sup>203</sup> L'interpello ha dato rilievo alla sussistenza di valide ragioni extrafiscali a supporto dell'operazione, al fine di mostrare che tale operazione non aveva finalità elusive. Tutta l'operazione nasce infatti dalla necessità di procedere alla semplificazione della struttura societaria del gruppo con il conseguente risparmio sui costi di esercizio (in particolare con riferimento ai costi relativi alle aree di gestione societaria, contabile, fiscale e amministrativa, nonché quelle inerenti all'attività di contabilità e consulenza).

Inoltre, le perdite fiscali generate nel corso degli anni da quest'ultima sono state conseguite durante il regime di consolidato fiscale. Nel caso di continuazione del regime di consolidato (e quindi di non effettuazione dell'operazione di fusione), tali perdite sarebbero state regolarmente

---

crisi finanziaria, accentuata dalla generale situazione di difficoltà e dai ritardi nella partenza. In particolare le perdite generate dalla Alfa sono il frutto delle suddette difficoltà e, quindi, sono state generate nell'esercizio dell'ordinaria attività di gestione di una impresa e non sono la conseguenza di un'attività di "svuotamento" o "depotenziamento" di una barra fiscale. Per far fronte a tale situazione la capogruppo ha deciso di optare per una riorganizzazione dell'intera struttura.

<sup>202</sup> Ai sensi del comma 7 dell'art 172 del TUIR, possono essere riportati a nuovo ed utilizzati dalla società risultante dalla fusione, *"per la (sola) parte (...) che non eccede l'ammontare del rispettivo patrimonio netto quale risulta dall'ultimo bilancio o, se inferiore, dalla situazione patrimoniale di cui all'articolo 2501-quater del codice civile, senza tener conto dei conferimenti e versamenti fatti negli ultimi ventiquattro mesi anteriori alla data cui si riferisce la situazione stessa, e sempre che dal conto economico della società le cui perdite sono riportabili, relativo all'esercizio precedente a quello in cui la fusione è stata deliberata, risulti un ammontare di ricavi e proventi dell'attività caratteristica, e un ammontare delle spese per prestazioni di lavoro subordinato e relativi contributi, di cui all'articolo 2425 del codice civile, superiore al 40 per cento di quello risultante dalla media degli ultimi due esercizi anteriori."*

<sup>203</sup> La norma di cui si chiede la disapplicazione è l'art. 172, comma 7, del TUIR, nella parte in cui dispone che sia le perdite fiscali, sia l'eccedenza di interessi passivi oggetto di riporto in avanti, sia l'eccedenza relativa all'aiuto alla crescita economica della società incorporante - possano essere utilizzate dalla società incorporante per un importo non superiore all'ammontare del patrimonio netto (della stessa incorporante), depurato dei conferimenti e dei versamenti dei ventiquattro mesi precedenti, e a condizione che i ricavi e i costi per lavoratori subordinati relativi all'esercizio precedente a quello in cui è avvenuta la fusione siano superiori al 40 per cento del valore medio di ricavi e costi del lavoro iscritti nei due esercizi anteriori.

utilizzate nell'ambito del consolidato fiscale, nel limite dei redditi imponibili futuri generati. Di conseguenza si determinerebbe un effetto penalizzante.

Come già detto, l'Agenzia delle Entrate<sup>204</sup> ha precisato che: *“in presenza di operazioni di fusione tra società partecipanti al medesimo consolidato nazionale e con perdite fiscali riportabili conseguite “in costanza” di consolidato, può escludersi qualsiasi manovra elusiva tesa a realizzare, con l'operazione di aggregazione, la compensazione intersoggettiva delle perdite fiscali tra i soggetti coinvolti, atteso che questi, per effetto dell'operazione medesima, non possono fruire di alcun vantaggio addizionale in termini di compensazione degli imponibili in quanto le perdite prodotte dalle società aderenti al consolidato “nascono” già compensabili con gli utili di altre società incluse nella tassazione di gruppo. Il principale beneficio, infatti, che caratterizza la tassazione di gruppo, è rappresentato dall'automatica e integrale compensazione intersoggettiva dei risultati imponibili positivi e negativi realizzati nei periodi di vigenza dell'opzione dai soggetti che ad essa partecipano. Ne deriva, pertanto, che già il regime di consolidato fiscale nazionale - in assenza di fusione - avrebbe consentito la compensazione intersoggettiva delle medesime perdite conseguite negli esercizi di validità dell'opzione, con la conseguenza che tali operazioni risultano essere - finché permane il regime di tassazione di gruppo - operazioni “neutrali” nei confronti delle perdite fiscali residue risultanti dalla dichiarazione dei redditi del consolidato. In altre parole, il ricorso all'operazione di fusione non consente alcun vantaggio ulteriore in termini di recupero delle perdite fiscali conseguite in vigenza dell'opzione che le norme sul consolidato già non consentano; le società partecipanti all'operazione, infatti, pur fondendosi, non “fuoriescono” dal medesimo consolidato. Pertanto, in ipotesi di fusione che, ai sensi dell'articolo 11 del decreto, non interrompono la tassazione di gruppo, le disposizioni limitative al riporto delle perdite devono - per ragioni di ordine logico sistematico - trovare applicazione solo con riferimento alle perdite “pregresse” all'ingresso nel regime consolidato di ciascuna società partecipante all'operazione, rimanendo escluse le perdite prodotte in vigenza del consolidato”.*

Tale tesi era già stata sostenuta da autorevole dottrina secondo cui il naturale coordinamento del regime di fusione con quello del consolidato imponga di delimitare l'applicazione di tali condizioni e limiti solo con riferimento alle perdite delle società partecipanti alle operazioni in parola prodottesi ante consolidato, dovendosi, viceversa, escludere dall'ambito applicativo di questa verifica le perdite prodottesi durante tale regime. Le perdite che si producono durante il consolidato fiscale, infatti, sono liberamente utilizzabili nella determinazione unitaria del reddito di gruppo. Questo rappresenta proprio la regola principale di questo istituto.<sup>205</sup>

---

<sup>204</sup> Circolare n. 9/E del 9 marzo 2010

<sup>205</sup> Assonime circolare n. 16 del 19 marzo 2007



Inoltre l’Agenzia delle Entrate sta assumendo una posizione interessante a favore della disapplicazione dei limiti posti dall’art. 172, comma 7, del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917.

In particolare, risulta interessante un recente interpello presentato all’Agenzia delle Entrate<sup>206</sup>, per la disapplicazione della normativa sopra citata in caso di fusione inversa. L’Agenzia delle Entrate ha ritenuto che l’operazione di fusione inversa esaminata non rappresentasse l’epilogo di una manovra elusiva finalizzata all’indebito utilizzo di perdite fiscali da parte del soggetto risultante dall’operazione, ribadendo che *“la disposizione in esame richiede che la società, la cui perdita si vuole riportare, sia operativa, negando in sostanza il diritto al riporto delle perdite se non esiste più l’attività economica cui tali perdite si riferiscono*. Inoltre, la stessa risposta dell’Agenzia indica che, *“in un’ottica antielusiva, i requisiti minimi di vitalità economica debbono continuare a permanere fino al momento in cui la fusione viene attuata”*.

Ma già in passato la Direzione Regionale delle Entrate dell’Emilia Romagna<sup>207</sup>, ha trattato un caso riguardante una complessa operazione di acquisizione di un gruppo di aziende da parte di un soggetto, il quale ha poi proceduto alla fusione delle società acquisite e al loro successivo scorporo mediante il conferimento delle aziende acquisite in società costituite ad hoc. Nel caso in esame il patrimonio netto di riferimento delle società acquisite e poi fuse non era sufficiente a consentire il riporto integrale delle perdite fiscali, se considerato al netto dei versamenti effettuati dai soci negli ultimi 24 mesi. Con il sopra citato parere la DRE dell’Emilia Romagna ha ritenuto di poter disapplicare la norma in commento in quanto le società partecipanti all’operazione erano operative e i versamenti non erano stati effettuati con intenti elusivi, ma al solo scopo di dotare le società di riserve finanziarie necessarie per l’operatività aziendale.

In particolare ha evidenziato che *“la disapplicazione può essere concessa in quanto le società che si fondono non sembrano appartenere al genus delle bare fiscali, ossia società non operanti e titolari di sole perdite fiscali”*. Inoltre la Direzione Regionale delle Marche, ha osservato che *“una applicazione troppo rigida della norma antielusiva, pertanto, precluderebbe qualsiasi possibilità di riporto delle perdite maturate ante fusione”*.<sup>208</sup>

---

<sup>206</sup> Si veda la recente risposta n. 3 del 10 gennaio 2019 dell’Agenzia delle Entrate. L’interpello riguardava un caso di fusione tra società che avevano aderito al consolidato fiscale (poi non rinnovato), il cui activity test non risultava superato a causa della dismissione di un ramo d’azienda prima dell’operazione di fusione e il cui Patrimonio Netto era stato ricapitalizzato dal socio per coprire le perdite generate

<sup>207</sup> Risposta all’interpello del 12 dicembre 2003, prot. 7785, Nel caso in esame ha ritenuto che “i conferimenti eseguiti sul capitale di A non sembrano derivare dall’intento elusivo di ampliare la base di riporto delle perdite fiscali, ma da cocenti esigenze di natura finanziaria”.

<sup>208</sup> Direzione Regionale delle Entrate delle Marche, con la risposta all’istanza di disapplicazione n. 910-1085/2007, protocollata al n. 910-15262/2008. In particolare è stato ritenuto che il mancato rispetto dell’activity test da parte di una società neo costituita ed utilizzata come veicolo per l’acquisizione di una società nel complesso di una operazione di acquisizione con indebitamento seguita da fusione, prevista dall’art. 2501-bis del codice civile, non sia di per sé indicativo di un’eventuale finalità elusiva, concedendo quindi, l’integrale riportabilità delle perdite generate nel periodo intercorso tra la costituzione della società “veicolo” utilizzato per l’acquisizione e la successiva fusione.

Più di recente, l’Agenzia delle Entrate ha sancito in maniera definitiva il carattere non elusivo delle operazioni di *merger leveraged buy out* sostenute da valide ragioni economiche. In particolare, l’Agenzia si è espressa in questi termini: *“Le operazioni di MLBO vedono nella fusione (anche inversa) il logico epilogo dell’acquisizione mediante indebitamento, necessario anche a garantire il rientro, per i creditori, dell’esposizione debitoria. Di fatto, la struttura scelta, rispondendo a finalità extra-fiscali, riconosciute dal Codice Civile e, spesso, imposte da finanziatori terzi, difficilmente potrebbe essere considerata finalizzata essenzialmente al conseguimento di indebiti vantaggi fiscali. Pertanto, le contestazioni formulate sulla base del principio del divieto di abuso del diritto o sulla base dell’articolo 37-bis del d.P.R. n. 600 del 1973, ovvero dell’articolo 10-bis della legge n. 212 del 2000, in relazione al vantaggio fiscale conseguito attraverso la deduzione degli oneri finanziari, per effetto del debt push down, dovranno essere riconsiderate dagli Uffici ed eventualmente abbandonate, salvo che, nei singoli casi, non si riscontrino altri specifici profili di artificiosità dell’operazione, così come posta in essere nel caso concreto, come nel caso in cui all’effettuazione dell’operazione di LBO abbiano concorso i medesimi soggetti che, direttamente o indirettamente, controllano la società target. Le precedenti considerazioni valgono anche con riferimento alla disapplicazione dei limiti antielusivi al riporto di perdite ed interessi passivi, ai sensi dell’articolo 172, comma 7, del TUIR, nell’ambito di operazioni di fusione conseguenti ad acquisizioni avvenute secondo gli schemi di MLBO.”*<sup>209</sup>

Dall’analisi dei pareri sopra riportati, si può desumere che il mancato rispetto dei parametri stabilito dall’art. 172, comma 7, del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 non costituisce necessariamente un sintomo di elusività.

È da notare, comunque, che la sussistenza delle valide ragioni economiche consente, ai sensi dell’art. 10-bis, comma 3, della l. 212/2000 di escludere qualunque finalità elusiva e di disapplicare le disposizioni dell’art. 172, comma 7, TUIR così ammettendo, senza alcuna limitazione, il riporto delle perdite fiscali pregresse, degli interessi passivi oggetto di riporto in avanti e dell’eccedenza relativa all’aiuto alla crescita economica.

---

<sup>209</sup> Circolare n.6/E del 30/03/2016

## **CONCLUSIONI**

A termine del presente elaborato si trarre un'importante osservazione. Il legislatore è sempre stato interessato al fenomeno elusivo, ma negli ultimi anni questa attenzione è stata sempre maggiore. In un primo momento attraverso la modifica della disposizione antielusiva generale contenuta nell'art. 10-bis dello Statuto dei diritto del contribuente, e successivamente, attraverso il continuo susseguirsi di interventi legislativi all'interno delle singole disposizioni antielusive. È da ricordare, comunque, che si tratta di un fenomeno che per sua natura non può essere definito in maniera chiara e univoca, e pertanto, ha bisogno di disposizioni il più precise possibili al fine di consentire all'Amministrazione di disconoscere i vantaggi indebiti ottenuti attraverso comportamenti contrari alla ratio delle norme e del sistema, e al contribuente di conoscere in maniera chiara le situazioni che potrebbero essere qualificate come elusive.



## RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AA. VV., *L'abuso del diritto tra esigenza di uniformità e di giustizia del tributo: i profili strutturali*, in *Abuso del diritto e novità sul processo tributario. Commento al d.lgs 5 agosto 2015, n.128 e al d.lgs. 24 settembre 2015, n.156*, Milano, Ipsoa, 2016.
- AA. VV., *Manuale delle operazioni straordinarie*, Manuali Eutekne, IV edizione,
- AA. VV., *Manuale di fiscalità internazionale*, IPSOA, VII edizione – 2016.
- AA. VV., *Studio del Notariato del 20 luglio 2016*, n.56.
- Angelini A. e Erario A., *CFC: Profili interpretativi e applicativi alla luce delle recenti modifiche normative, compatibilità rispetto al diritto comunitario ed internazionale*, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, 6 / 2018, p. 5
- Assonime, circolare 15.06.2010 n.20
- Assonime, circolare n. 16 del 19 marzo 2007
- Assonime, circolare n. 21 del 4 agosto 2016 – La disciplina sull'abuso del diritto
- Beghin M., *Diritto Tributario per l'università e per la preparazione dell'esercizio delle professioni economiche-giuridiche*, Wolters Kluwer, Cedam 2018, pg. 264
- Beghin M., *Elusione, tassazione differenziale e impatto sulla motivazione degli avvisi di accertamento*, in *Corriere Tributario* n.24/2015
- Beghin M., *I principi "immanenti", poco "immanenti", "inesistenti" e i "raddomanti" dell'abuso del diritto*, in *Corriere tributario*, 2013,30, p. 2347 ss
- Beghin M., *L'elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto*, Cedam 2013, pg. 2
- Beghin M., *L'interposizione fittizia di persona e l'evasione elusiva: spunti per la sistemazione della materia*, in *Corriere Tributario* n.47/2014, p. 3613 e ss
- Beghin M., *La disciplina del transfer pricing, tra profili sostanziali, profili procedurali, fattispecie di evasione e abuso del diritto*.
- Carinci A., *La difficile affermazione del legittimo risparmio d'imposta quale limite negativo dell'abuso del diritto*, in *Il fisco*, n.43/2018, pg. 4107.
- Carrirolo F., *Fusioni e scissioni societarie: vitalità e patrimonio netto*, in *Il fisco* n.47/48 2018
- Chinellato G., *Codificazione tributaria e abuso del diritto*, Cedam 2007, pg. 164
- Cissello A., *Abuso del diritto, Accertamento e sanzioni* in Eutekne
- Confalonieri M., *Trasformazione, fusione, conferimento, scissione e liquidazione delle società, Aspetti civilistici, contabili e fiscali delle operazioni straordinarie*, Gruppo 24 ORE, pg. 370.
- Contrino A., *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, Bologna,1996, 21.

Contrino A., *La trama dei rapporti tra abuso del diritto e evasione fiscale e lecito risparmio d'imposta*, in *Diritto e pratica tributaria* n. 4/2016

Corasaniti G., e De' Capitani P., *La nuova presunzione di residenza fiscale dei soggetti ires*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 1 / 2007, p. 10097 e ss.

Corasaniti G., *Il dibattito sull'abuso del diritto o elusione nell'ordinamento tributario*, in *Diritto e pratica tributaria* n.2/2016, p.465 e ss.

De Rosa L., e Russo A., *Operazioni straordinarie*, SistemaFrizzera24, Gruppo 24ore, 2017.

Fusa E., *Differenze di fusione, rilevanza in bilancio e aspetti fiscali: problematiche riscontrabili*, in *Il Fisco*, 2012, fasc. 1, pag. 3711.

Del Federico L., *Elusione e illecito tributario*, in *Corriere Tributario* n.39/2006

Di Stefano A., Porcarelli A. e Falduto G., *CFC: UN RESTYLING IN FORMATO ATAD*, in *Amministrazione & Finanza*, 6 / 2019, p. 13 e ss.

Dolce R. *Elusione fiscale: il focus è sui vantaggi fiscali indebiti*, in *La gestione straordinaria delle imprese*, Eutekne, Torino, 6, 2015, p.28 ss.

Dorero A., *Abuso del diritto in attesa di scelta sistematiche*, in *Corriere Tributario* n.2/2019, p.159 e ss.

Formica P., e Guarnaccia C., *Individuazione della residenza fiscale delle holding passive di partecipazioni operanti in gruppi multinazionali*, in *il fisco*, 28 / 2018, p. 2752

Furlan A e Sormani L., *Interrelazioni tra disciplina CFC e dividendi da società estere alla luce delle modifiche introdotte dal decreto ATAD: casa pratici*, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, 4/2019, p. 15 e ss

G. Giusti, *l'assenza di sostanza economica e indebito vantaggio fiscale nel nuovo abuso del diritto tributario*, in *Diritto e pratica tributaria* n. 4/2018, p. 1445.

Gallio F., *Indici di vitalità da verificare per riportabilità di perdite, ace e interessi passivi nella fusione – disapplicazione delle norme antielusive sulla riportabilità delle perdite, interessi e ace in caso di fusione*, in *GT – Rivista di Giurisprudenza Tributaria*, 4/2017, p.365 e ss.

Gallo F., *L'abuso del diritto in materia fiscale nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Rassegna tributaria*, 2016, p. 837.

Gallo, *La nuova frontiera dell'abuso del diritto in materia fiscale*, in *Rassegna tributaria* 2015, 1315 ss.

Giovannini A., *Abuso del diritto tributario*, in *Diritto e pratica tributaria* n.3/2016.

Guglielmi N., *Riportabilità delle perdite e degli interessi passivi indeducibili in caso di consolidato fiscale*, *Azienda & Fisco*, 6 / 2011, p. 51

I. Macellari e M.Nessi, *Operazioni straordinarie*, Ipsoa 2018

Ingrao G., *L'evoluzione dell'abuso del diritto in materia tributaria: un approdo con più luci che ombre*, in *Diritto e Pratica tributaria* n.4/2016

Leo M., *Testo unico sulle imposte sui redditi*, 2018, pg. 1245

Lupi R., *Manuale professionale di diritto tributario*, IPSOA, 1999, Milano, p. 72.

LUPI, *Riporto delle perdite e fusioni di società*, in *Rass.trib.*, 1988, I, p. 287

Manoni E., *Il lungo cammino dell'abuso del diritto/elusione fiscale: la presenza di una norma di legge (art. 37-bis del D.P.R. n. 600 del 1973) non giustifica la sanzionabilità amministrativa della condotta*, in *Diritto e pratica tributaria* n.1/2019, pg. 248.

Mastroberti A., *Esclusione al 50% dei dividendi se entra in gioco la prima esimente*, in *Pratica Fiscale e Professionale*, 32-33/2018, p.46.

Miele L., *Abuso del diritto distinto dalla fattispecie di evasione*, in *Corriere Tributario* n.4/2015

Miele L., *I presupposti costitutivi dell'abuso del diritto*, in *Corriere Tributario* n.38/2016, p. 2885.

Miscali M., *Contributo allo studio dell'abuso del diritto tributario*, in *Diritto e pratica tributaria* n.4/2017 p.1387.

Nicolosi F., *Dividendi e plusvalenze black list dopo il decreto ATAD: questioni aperte*, in *Corriere Tributario*, 8-9 / 2019, p. 768 e ss.

Odetto G., *I caratteri generale del consolidato fiscale nazionale*, in *Azienda & Fisco*, 8/2004, p.11 e ss.

PANSIERI, *Commento alla legge 8 agosto 1986, 487*, in *Le Nuove Leggi Civile Commentate*, 1987, p. 238

Parisi P., *Riporto delle perdite per i soggetti IRES*, In *Pratica Fiscale e Professionale* 30/2011 p.22 e ss.

Romano, *Abuso del diritto*, in *Enc. Dir.*, I, Milano 1958

Rossi L., e Privitera A., *Riporto di perdite fiscali e interessi passivi nelle fusioni alla luce del nuovo abuso del diritto*, in *Corriere Tributario* n.10/2016 pg. 738.

Ruggiero C., *La fusione aspetti civilistici e fiscali*, pubblicato sul sito <http://www.ruggieroeassociati.it/pdf/La%20fusione%20aspetti%20civilistici%20e%20fiscali.pdf>

Russo P., *Profili storici e sistematici in tema di elusione ed abuso del diritto in materia tributaria: spunti critici e ricostruttivi*, in *Diritto e pratica tributaria* n.1/2016.

Sacchetto C., *Il transfer pricing internazionale: una normativa alla ricerca della propria identità*, in *Rassegna Tributaria* n.4/2016, p.886.

Salvi G., *Fusione della target nella spac: effetti sulle perdite e sull'Ace*, In Amministrazione & Finanza, 6/2019, p.7 e ss.

Sanna S. e SUMA S., *Fusioni societarie: riporto delle perdite degli interessi e dell'ACE*, in Eutekne, Schede n.1217.01 – Numero 3 – Marzo 2018.

Sepio G., *Norma antielusiva generale e disposizioni ordinarie con funzione antielusiva*, in Dialoghi Tributari, 3/2008, p.41.

Serbini S., *Il centro degli interessi vitali e l'esterovestizione alla prova delle ultime pronunce della cassazione in tema di residenza fiscale*, in Fiscalità & Commercio Internazionale, 5/2019, p.23.

SPECA, *Il riporto delle perdite per la società risultante dalla fusione*, in Dir.prat.trib., 1987, I, p. 373

Stevanato D., *Elusione fiscale e abuso delle forme giuridiche, anatomia di un equivoco*, in Diritto e pratica tributaria, n. 5/2015, p. 10695

Stevanato D., *Il transfer pricing tra evasione ed elusione*, in GT rivista di giurisprudenza tributaria n.4/2013.

Tacchia K., *Circolare n. 9/e del 9 marzo 2010 - fusioni e scissioni tra società consolidate. riporto delle perdite fiscali*, in il fisco, 30 / 2010 - parte 1, p. 4786

Tarigo P., *L'interpello disapplicativo di norme antielusive nella recente riforma*, Rassegna Tributaria, 2 / 2017, p. 396 e ss.

Tesauro T., *Compendio di diritto tributario*, Wolters Kluwer Italia, 2016, pg. 147

Trino S., *Transfer Pricing: il nuovo art. 110, comma 7 del TUIR*, pubblicato il 15 novembre 2018 su <https://www.iusinitinere.it/transfer-pricing-il-nuovo-art-110-comma-7-14670>

Vacca I., *L'abuso e la certezza del diritto*, in Corriere Tributario n.15/2014.

Vanz G., *L'esclusione fiscale tra forma giuridica e sostanza economica*, in Rassegna Tributaria n.5/2002 p.1619.

Zanetti E., *Manuali delle operazioni straordinarie*, IV ed, p. 1113-1222.

Zizzo G., *Ires – esterovestizione della società o esterovestizione del reddito?*, in Rassegna Tributaria, 3/2019, p.659.

PRASSI

Guardia di Finanza, Circolare 1/2018 – *Manuale operativo in materia di contrasto all'evasione e alle frodi fiscali*

Agenzia delle Entrate, circolare n.28/E/2006

Agenzia delle Entrate, circolare n. 9/E/2010

Agenzia delle Entrate, circolare n.9/E/2016

Agenzia delle Entrate, circolare n. 35/E/2016



Agenzia delle Entrate, circolare n. 6/E/2016

Agenzia delle Entrate, circolare n.9/E/2016

Agenzia delle Entrate, risoluzione n.93/ 2016

Agenzia delle Entrate, risoluzione n. 101/2016

Agenzia delle Entrate, risoluzione n. 116/E

Agenzia delle Entrate, risoluzione n. 143/E

Agenzia delle Entrate, Risposta all'istanza di interpello n. 3 del 10 gennaio 2019

#### GIURISPRUDENZA

Sentenza della Corte di Cassazione n. 21794 del 2014

Sentenza delle Corte di Cassazione n.11949 del 2012

Sentenza della Corte di Cassazione n.21221 del 2006

Sentenza della Corte di Giustizia, causa C-255/02 Halifax