



Master Tributario FY24

Abuso del diritto nelle operazioni straordinarie

Dott. Eugenio Della Valle – 15 marzo 2024

ABUSO DEL DIRITTO O ELUSIONE FISCALE

L'esigenza di codificazione

1

La disciplina **dell'abuso del diritto** è attualmente contenuta nell'art. 10-bis della L. n. 212/2000 (c.d. Statuto dei diritti del contribuente), così come introdotto dal d.lgs. del 5 agosto 2015, n. 128 (d.lgs. n. 128/2015).

L'esigenza della codificazione legislativa dell'istituto dell'abuso del diritto è stata dovuta al **caotico contesto normativo e giurisprudenziale** sviluppatosi nel corso degli anni.

2

La disposizione contenuta nell'abrogato art. 37-bis del d.P.R. n. 600/1973 non appariva, infatti, in alcun modo idonea ad attribuire sufficienti garanzie né all'Amministrazione finanziaria né ai soggetti passivi d'imposta in relazione a talune operazioni effettuate prevalentemente da parte delle grandi imprese multinazionali. Il *deficit* del tema in parola era, infatti, da ascrivere alla **manca di un'adeguata disciplina** legislativa, che ha determinato l'alimentarsi negli anni del dibattito sul fenomeno dell'abuso del diritto sia dottrinale che giurisprudenziale.

3

Queste circostanze hanno indotto il legislatore a intervenire per ripristinare un livello minimo di **prevedibilità** degli effetti delle scelte compiute dal contribuente come presupposto indefettibile per migliorare la trasparenza e la competitività del sistema fiscale italiano, introducendo il citato art. 10-bis.



ABUSO DEL DIRITTO O ELUSIONE FISCALE

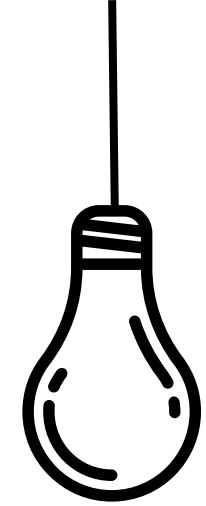
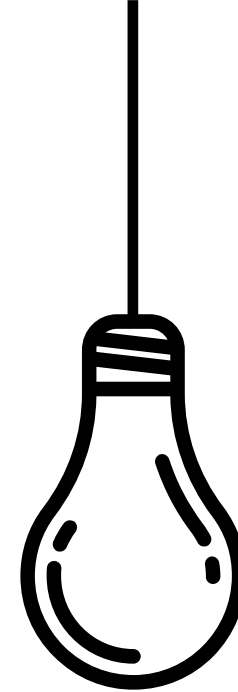
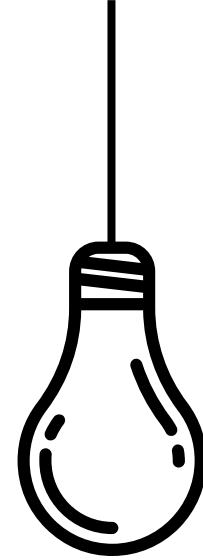
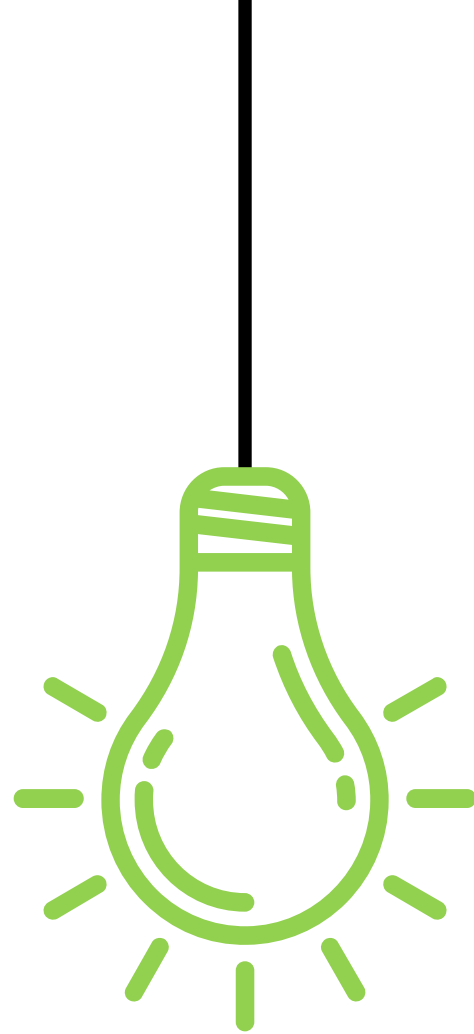
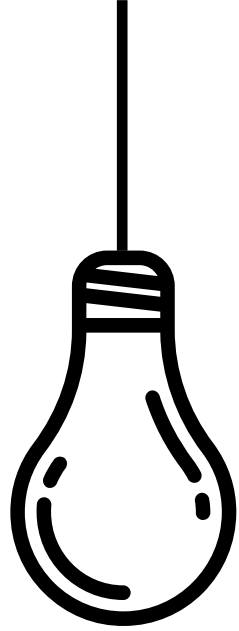
L'esigenza di codificazione

(segue)



L'art. 10-*bis* ha preso, in definitiva, le mosse dalla necessità di accertare, con maggiore puntualità, numerose incertezze che si erano ravvisate nell'art. 37-*bis* del decreto n. 600 del 1973 e, segnatamente, sui "confini", non codificati, tra le operazioni lecite e quelle, invece, ritenute antielusive da parte degli organi di controllo dell'Amministrazione finanziaria con riguardo, soprattutto, alle operazioni straordinarie di conferimento, fusione, scissioni, scambio di partecipazioni, ecc.

Tale inserimento è così commentato dalla Relazione illustrativa allo schema di Decreto legislativo recante disposizioni sulla certezza del diritto nei rapporti tra Fisco e contribuente (cfr. Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 163-*bis* della XVII Legislatura - d'ora in poi solo Relazione): *"Questa collocazione [nello Statuto] muove dall'esigenza di introdurre un istituto che, conformemente alle indicazioni della legge delega, **unifichi i concetti di elusione e di abuso** e conferisca a questo regime **valenza generale** con riguardo a tutti i tributi, sia quelli armonizzati, per i quali l'abuso trova fondamento nei principi dell'ordinamento dell'Unione europea, sia quelli non armonizzati, per i quali - come si è visto - il fondamento è stato individuato dalla Corte di Cassazione nel principio costituzionale della capacità contributiva. [...] Inoltre, 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"*.



I presupposti della condotta/abusiva

ABUSO DEL DIRITTO - Presupposti



- ❖ La nozione di abuso del diritto è sinteticamente enunciata nel comma 1 dell'art. 10-bis della Legge n. 212/2000, in base al quale: *“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”*.

- ❖ Una volta definiti gli elementi essenziali della condotta abusiva la norma precisa ulteriormente che *“Non si considerano abusive in ogni caso, le operazioni giustificate da valide ragioni extrafiscali, non marginali, anche di ordine organizzativo e gestionale, che rispondono a finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa ovvero dell'attività professionale del contribuente”*. Il legislatore, in buona sostanza, ha, individuato, quali elementi costitutivi della condotta, l'assenza di sostanza economica ed il conseguimento di un indebito vantaggio, precisando, poi, che non si considerano, in ogni caso, abusive operazioni giustificate da valide e non marginali ragioni extrafiscali.

ABUSO DEL DIRITTO - Presupposti



❖ La nozione di condotta abusiva contenuta nell'art. 10-*bis* dello Statuto dei diritti del contribuente ricalca, come noto, la definizione proposta dalla raccomandazione n. 2012/772/UE della Commissione Europea, che aveva sollecitato gli Stati membri ad introdurre una norma antiabuso che recepisce anche nel settore della fiscalità diretta le indicazioni fornite al riguardo dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia per la fiscalità armonizzata.

❖ Infatti, anche nel testo della Raccomandazione spiccano, quali elementi fondamentali della fattispecie, l'artificialità della condotta (ossia l'assenza di sostanza economica), il conseguimento di un vantaggio fiscale quale scopo essenziale dell'operazione ed, infine, il contrasto di tale vantaggio con la *ratio* della normativa non applicata nel caso di specie.

❖ Si legge al punto 4.2 *“Una costruzione di puro artificio o una serie artificiosa di costruzioni che sia stata posta in essere essenzialmente allo scopo di eludere l'imposizione e che comporti un vantaggio fiscale”*. Si chiarisce poi che *“una costruzione o una serie di costruzioni è artificiosa se manca di sostanza commerciale”* (punto 4.4), che *“la finalità di una costruzione o di una serie di costruzioni artificiose consiste nell'eludere l'imposizione quando, a prescindere da eventuali intenzioni personali del contribuente, contrasta con l'obiettivo, lo spirito e la finalità delle disposizioni fiscali che sarebbero altrimenti applicabili”* (punto 4.5), ed infine che una finalità è essenziale *“se qualsiasi altra finalità che è o potrebbe essere attribuita alla costruzione o alla serie di costruzioni sembri per lo più irrilevante alla luce di tutte le circostanze del caso”*(punto 4.6).

ABUSO DEL DIRITTO – Presupposti

(segue)

In sostanza, secondo la disposizione attualmente vigente, 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**.

La norma precisa che tali operazioni non sono opponibili all'Amministrazione, che ridetermina i tributi sulla base delle disposizioni e dei principi elusi.

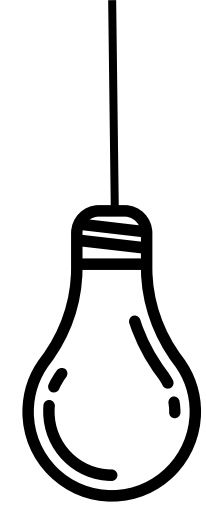
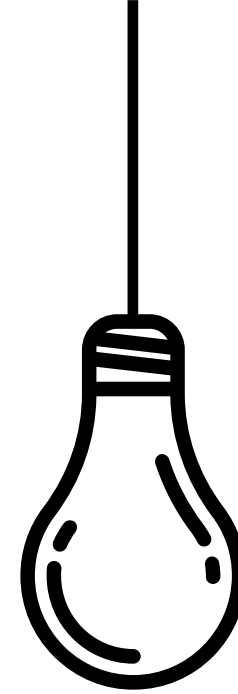
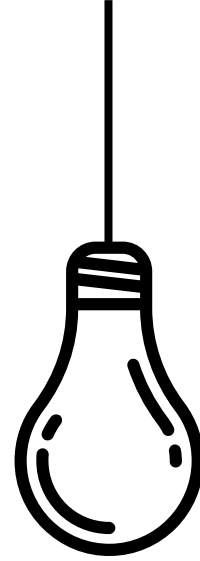
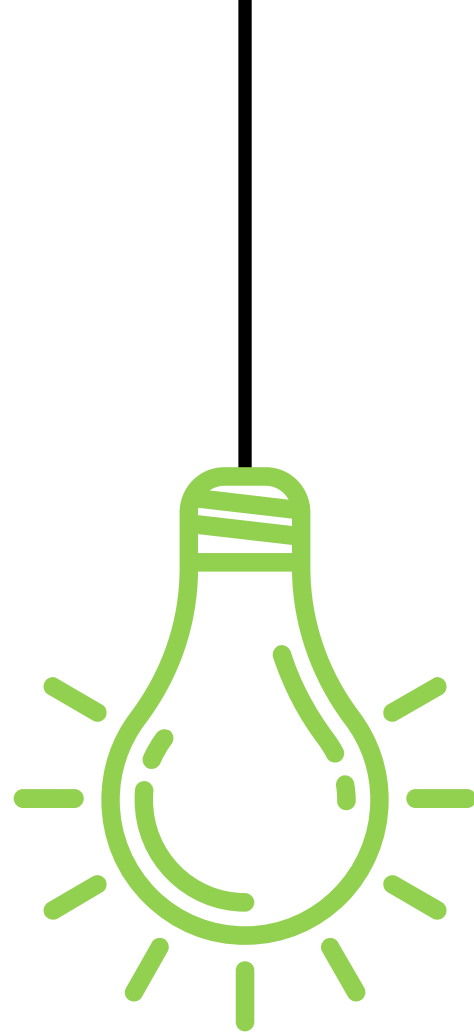
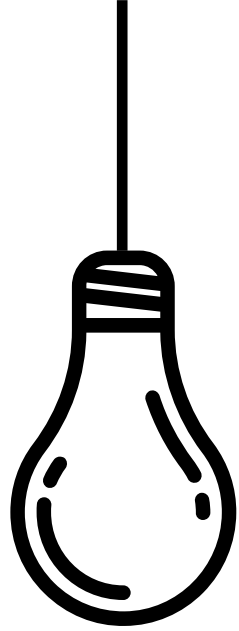
Per l'esistenza dell'abuso occorrono, in particolare, tre presupposti:

- l'assenza di **sostanza economica** delle operazioni effettuate;
- la realizzazione di un **vantaggio fiscale indebito**;
- la circostanza che il vantaggio è **l'effetto essenziale dell'operazione**.-

L'assenza di uno dei tre presupposti costitutivi dell'abuso **determina un giudizio di assenza di abusività** (ris. Agenzia delle Entrate 17.10.2016 n. 93).

Detto giudizio, a detta dell'Agenzia delle Entrate (ris. 93/E/2016 e ris. 3.11.2016 n. 101), deve essere condotto procedendo:

- prioritariamente alla verifica dell'esistenza del primo elemento costitutivo, vale a dire **l'indebito vantaggio fiscale**, in assenza del quale l'analisi anti-abusiva si deve intendere terminata;
- diversamente, al riscontro della presenza di indebito vantaggio, si proseguirà nell'analisi della sussistenza degli ulteriori elementi costitutivi (assenza di sostanza economica e essenzialità del vantaggio indebito);
- **solo qualora si dovesse riscontrare l'esistenza di tutti gli elementi**, l'Amministrazione Finanziaria procederà all'analisi della fondatezza e della non marginalità delle ragioni extra fiscali.



Il vantaggio fiscale

Il vantaggio fiscale

Per vantaggi fiscali indebiti si intendono i **benefici, anche non immediati, realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario**. Deve, quindi, sussistere la violazione della *ratio* delle norme o dei principi generali dell'ordinamento e, soprattutto, quelli della disciplina tributaria in cui sono collocati gli obblighi e i divieti elusi (Relazione illustrativa al d.lgs. n. 128/2015).

Il “cuore” della fattispecie dell’abuso è la realizzazione di un **vantaggio non voluto dal legislatore**, ottenuto attraverso un comportamento che, pur non violando direttamente l’obbligo o il divieto, riesce ad aggirarlo. La verifica dell’aggiramento va fatta avendo riguardo al contenuto obiettivo degli obblighi (al contrario, prima dell’introduzione dell’articolo in commento, veniva spesso trascurata la verifica dell’ottenimento del vantaggio indebito, ritenendosi a tal fine sufficiente la mera assenza di valide ragioni extrafiscali).

1

2



4

3

Il requisito del contrasto con le finalità delle norme fiscali e con i principi dell’ordinamento tributario è tendenzialmente coerente con quanto previsto dalla Raccomandazione della Commissione europea n. 2012/772/UE sulla pianificazione fiscale aggressiva che, al punto 4.5, afferma che la natura elusiva è da riscontrare quando il beneficio fiscale *“contrasta con l’obiettivo, lo spirito e la finalità delle disposizioni fiscali che sarebbero altrimenti applicabili”*.

Eppure, il riferimento al “vantaggio indebito” era presente anche nel previgente art. 37-*bis* del d.P.R. n. 600/1973 e a tale concetto si faceva chiaramente riferimento anche nella relazione illustrativa al predetto art. 37-*bis* laddove si legge che *“le norme antielusione scattano solo quando l’abuso di questa libertà dà luogo a manipolazioni, scappatoie e stratagemmi”* che - pur formalmente legali - finiscono per stravolgere i principi del sistema.

ABUSO DEL DIRITTO – Il vantaggio fiscale e la *ratio* della norma

La medesima Relazione illustrativa al d.lgs. n. 128/2015 in tema di **essenzialità** del vantaggio fiscale indebito, ha sottolineato come tale essenzialità si configura quando i vantaggi fiscali realizzati per effetto dell'operazione priva di sostanza economica siano **fondamentali** rispetto a tutti gli altri fini perseguiti dal contribuente, nel senso che il perseguimento di tale vantaggio deve essere stato lo scopo essenziale della condotta stessa.

Per accertare la **violazione** della ***ratio*** della **norma**, secondo l'Agenzia delle entrate, occorre prendere in considerazione non solo la **finalità** della **disciplina** di cui il contribuente si è avvalso o si intende avvalere, ma anche quella del **regime fiscale**, meno favorevole, che si sarebbe dovuto applicare in **assenza** delle **operazioni** poste in essere dal contribuente (cioè la ***ratio*** della **norma elusa**).

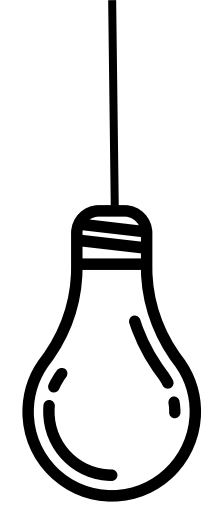
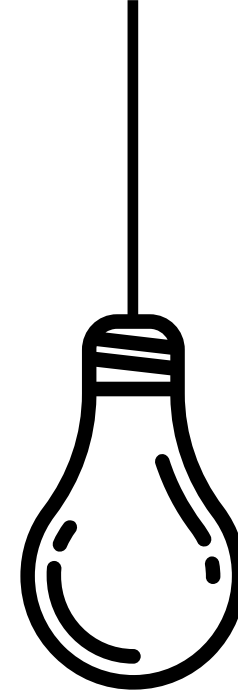
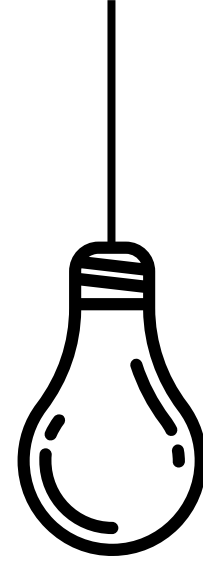
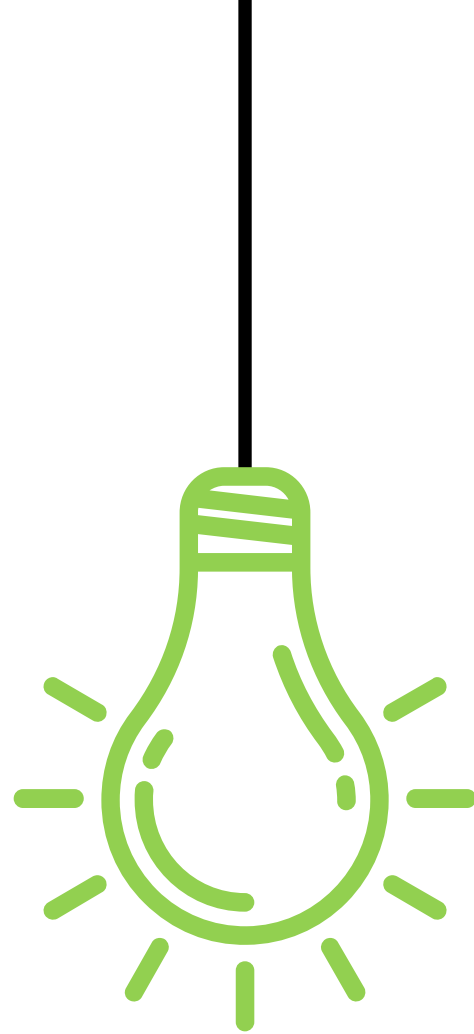
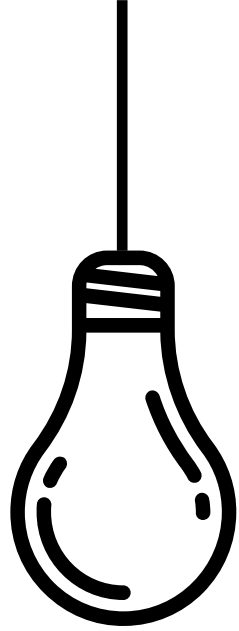
In altre parole, affinché si realizzi il presupposto dell'indebito vantaggio fiscale, occorre che la sua appropriazione sia contraria alla *ratio* della disposizione applicata o di quella che sarebbe altrimenti applicabile.

Tale orientamento è stato espresso, ad esempio, nella **risposta del 5.8.2020 n. 242 (conf. la risposta n. 341/2019)** in materia di *family cash out*, con la quale è stata dichiarata abusiva la costituzione di una *newco* seguita dalla cessione alla stessa delle quote previamente rivalutate.

In questa risposta l'Agenzia delle entrate, in particolare, ha affermato che i soci conseguono un vantaggio fiscale indebito in quanto conseguito in aggiramento delle disposizioni tributarie in materia di recesso tipico direttamente applicabili e che avrebbero dato luogo all'applicazione della disciplina sui redditi di capitale e non a quella sui redditi diversi per i quali rileva la rivalutazione del costo fiscale della partecipazione.

In sostanza, è aggirata la *ratio* delle norme sul recesso tipico che secondo l'Agenzia delle entrate andavano altrimenti applicate.

In un altro caso di *family cash out*, invece, l'Agenzia afferma che è aggirata la *ratio* della norma sulla rivalutazione fiscale delle partecipazioni applicata dal contribuente (**riposta n. 20/2019**).



**La mancanza di sostanza
economica**

ABUSO DEL DIRITTO – La mancanza di sostanza economica

L'ulteriore presupposto costitutivo della nozione di abuso è l'assenza di sostanza economica e la norma stabilisce che sono operazioni prive di sostanza economica i fatti, gli atti e i contratti, anche tra loro collegati, inidonei a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali.

La previsione sostanzialmente identifica la mancanza di sostanza economica con l'assenza di effetti extrafiscali apprezzabili degli atti o della sequenza negoziale.

La verifica è immediata nel caso di operazioni circolari, ove non vi è alcuna modifica nella sfera economico-giuridica del contribuente, se non sul piano fiscale, nel senso che la situazione *ex ante* è identica a quella *ex post* operazione (v. risposta n. 99/E/2017).



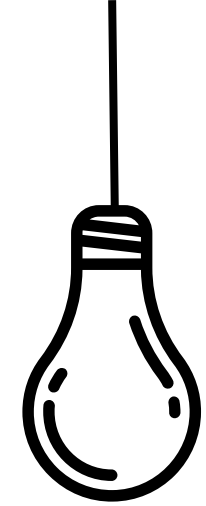
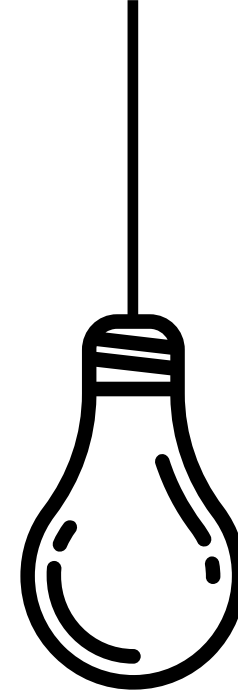
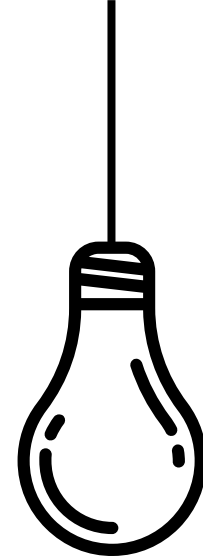
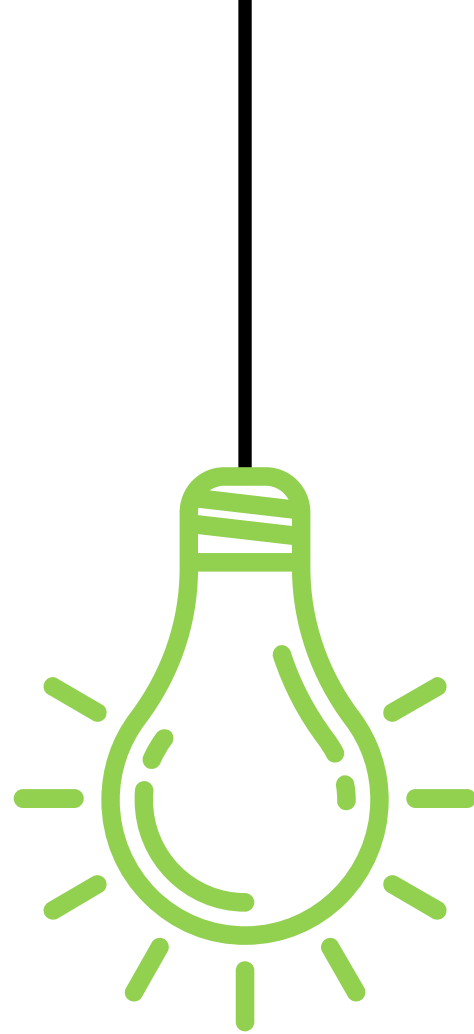
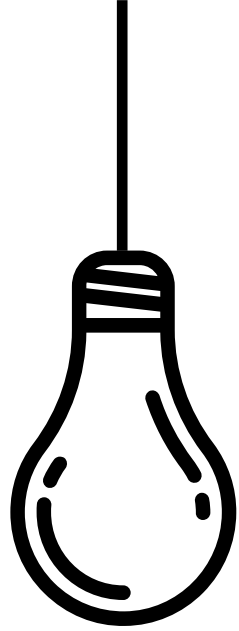
Diversamente nel caso in cui le operazioni conducono ad una **modifica** della sfera economico-giuridica, richiamate dal secondo comma dell'art. 10-*bis* richiama nel comma 2, lett. a) «Sono indici di mancanza di sostanza economica, in particolare, la non coerenza della qualificazione delle singole operazioni con il fondamento giuridico del loro insieme e la non conformità dell'utilizzo degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato».

In tali fattispecie l'obiettivo economico reale è, in buona sostanza realizzato ponendo in essere, per l'appunto, una serie di operazioni meno lineari tra quelle a disposizione del contribuente, mediante l'uso distorto di strumenti giuridici che hanno una forma diversa e indiretta rispetto a quella del negozio a causa tipica.



Questo l'orientamento che sembra potersi ricavare anche dalla prassi dell'Agenzia delle entrate: **l'assenza di sostanza economica** viene fatta derivare dall'**effettuazione di un numero superfluo di negozi giuridici** che fanno conseguire un vantaggio fiscale indebito (v., ad esempio, la **risposta ad interpello n. 185/2019**, ove l'Agenzia afferma l'abusività di una trasformazione da società in nome collettivo a società a responsabilità limitata in quanto propedeutica alla fruizione del regime della *participation exemption* (art. 87 del TUIR) sulla cessione delle partecipazioni possedute dalla società trasformata.

A detta dell'Agenzia, « ...le operazioni prospettate appaiono integrare una condotta abusiva ai sensi dell'art. 10-bis della Legge n. 212 del 2000. In particolare, l'effettuazione della trasformazione da S.n.c. a S.r.l. appare un'operazione ultronea rispetto all'obiettivo economico perseguito di cedere il 70 per cento delle quote della newco S.r.l., e preordinata a consentire l'ottenimento di un indebito vantaggio fiscale consistente nell'applicazione dell'art. 87 del T.U.I.R. anziché del combinato disposto di cui agli artt. 58, comma 2, e 5, comma 1, del T.U.I.R.

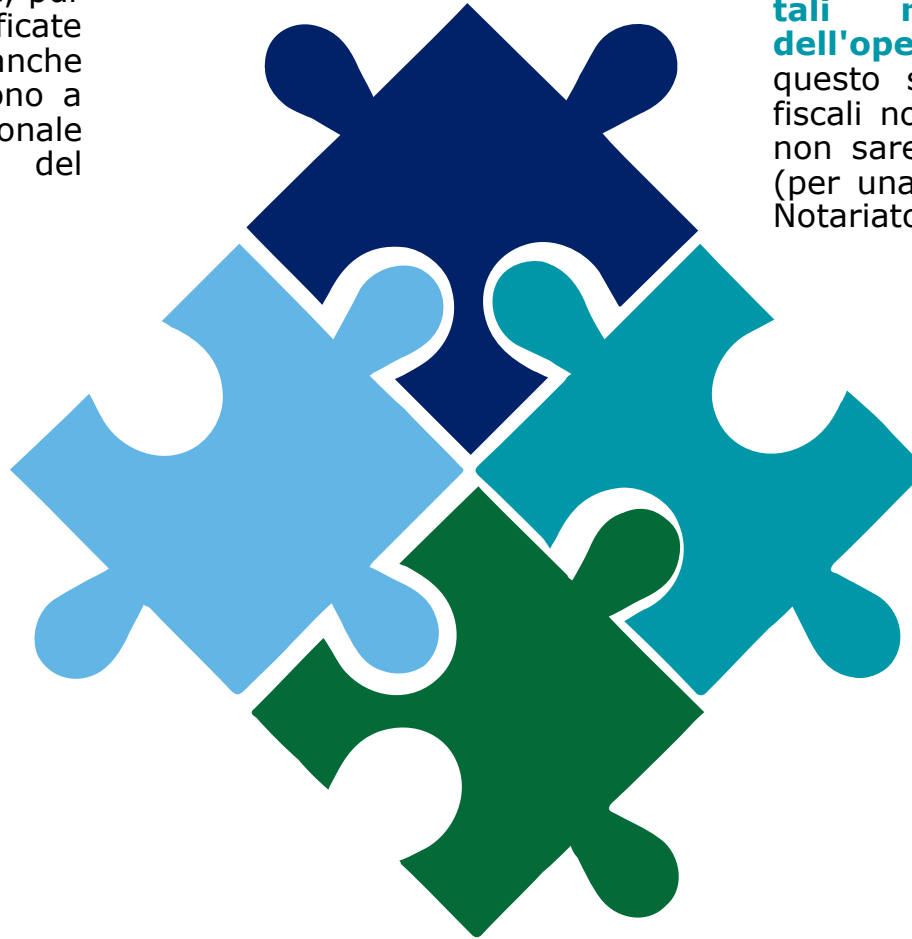


**Le valide ragioni *extra*-fiscali
non marginali**

ABUSO DEL DIRITTO – L'**esimente** (?) delle valide ragioni *extra*-fiscali non marginali

Ai sensi dell'art. 10-bis co. 3 della L. 212/2000, non si considerano abusive, in ogni caso, le operazioni che, pur presentando i suddetti tre presupposti, sono giustificate da **valide ragioni extra fiscali 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 (ris. 93/E/2016).

Secondo l'Assonime la mancanza di sostanza economica non coincide con l'anomalia della strumentazione giuridica utilizzata, ma con la inidoneità dell'operazione a produrre effetti extrafiscali significativi. Ciò dovrebbe, quindi, significare che la **sostanza economica** si palesa anche quando gli **atti** considerati hanno meramente la funzione di **ridefinire l'assetto organizzativo** dell'attività del contribuente, in quanto producono comunque effetti economici e giuridici.



Per cogliere la non marginalità delle ragioni extra fiscali **occorre guardare all'intrinseca valenza di tali ragioni rispetto al compimento dell'operazione di cui si sindacava l'abusività**. In questo senso le valide ragioni economiche extra fiscali non marginali sussistono solo se l'operazione non sarebbe stata posta in essere in loro assenza (per una casistica, v. studio Consiglio nazionale del Notariato 56-2016/T § 4.2).

L'elemento in esame rischia di **sovrapporsi** con il presupposto relativo alla mancanza di sostanza economica: in altre parole, se una operazione è priva di sostanza economica dovrebbe essere escluso in radice la possibilità di individuare delle valide ragioni extrafiscali delle operazioni, giacché altrimenti queste ultime non sarebbero prive di sostanza economica.

ABUSO DEL DIRITTO – L'**esimente** (?) delle valide ragioni *extra*-fiscali non marginali

(segue)



La prassi dell'Agenzia delle entrate sembra deporre nel senso che la tortuosità dello schema negoziale prospettato mediante un numero superfluo di negozi giuridici sia indice dell'assenza di sostanza economica e, allo stesso tempo, dell'assenza di ragioni extrafiscali.

In altre parole, l'utilizzo di un determinato strumento negoziale utilizzato, in luogo di quello più diretto che avrebbe comportato una fiscalità meno favorevole, deporrebbe nel senso dell'assenza di sostanza economica ma anche di ragioni extrafiscali a supporto dell'operazione.

In tal senso, ad esempio **la risposta n. 30/2018**, concernente un conferimento di partecipazioni seguito dalla scissione della società conferitaria. Anche in questo caso le ragioni extrafiscali addotte dal contribuente non sono valse a giustificare l'insieme dei negozi giuridici prospettati, in quanto l'Agenzia non ha ritenuto motivata l'idoneità della scelta relativa alla combinazione dei due negozi giuridici in luogo di quello fisiologico, più diretto ed efficiente.

ABUSO DEL DIRITTO – Libertà di **scelta** del contribuente



Resta comunque ferma **la libertà di scelta del contribuente tra regimi opzionali diversi offerti dalla legge** e tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale (art. 10-bis co. 4 della L. 212/2000).

La previsione è di carattere chiaramente interpretativo, come si evince dalla stessa formulazione: «*Resta ferma*»

Probabilmente il legislatore ha avvertito la necessità di ribadire la libertà di scelta, che trova già adeguata tutela costituzionale nella libertà di scelta economica di cui all'art. 41 Cost., per richiamare l'attenzione degli interpreti e degli operatori di diritto sulla fondamentale differenza esistente tra abuso/elusione e **legittimo risparmio di imposta**: non c'è aggiramento se il contribuente sceglie tra due alternative di **pari dignità** messe a disposizione dallo stesso ordinamento giuridico.

Al riguardo, la Relazione illustrativa afferma che *"non è possibile configurare una condotta abusiva laddove il contribuente scelga, per dare luogo all'estinzione della società, di procedere alla fusione anziché alla liquidazione. È vero che la prima operazione è a carattere neutrale e la seconda ha, invece, natura realizzativa, ma nessuna disposizione tributaria mostra «preferenza» per l'una o l'altra operazione; sono due operazioni messe sullo stesso piano, ancorché disciplinate da regole fiscali diverse. Affinché si configuri un abuso andrà dimostrato il vantaggio fiscale indebito **concretamente conseguito** e, cioè, l'aggiramento della ratio legis o dei principi dell'ordinamento tributario"*.

L'Agenzia delle Entrate ha affermato che *"è rimessa al contribuente ogni valutazione in ordine all'assetto organizzativo ritenuto più funzionale a dare concreta attuazione agli interessi economici perseguiti, nel rispetto della ratio delle disposizioni fiscali e dei principi dell'ordinamento tributario"* (risposta a interpello Agenzia delle Entrate n. 213/2022).

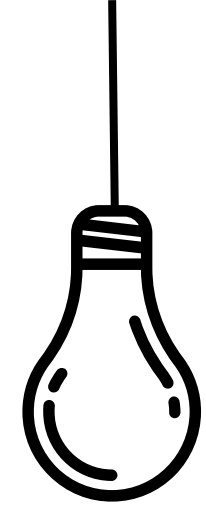
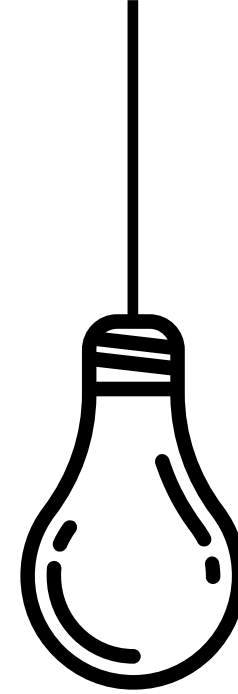
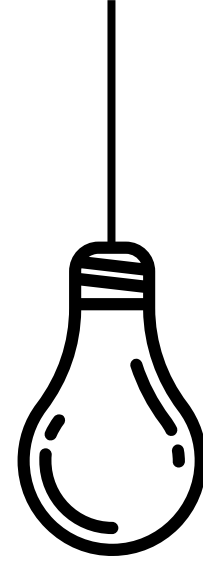
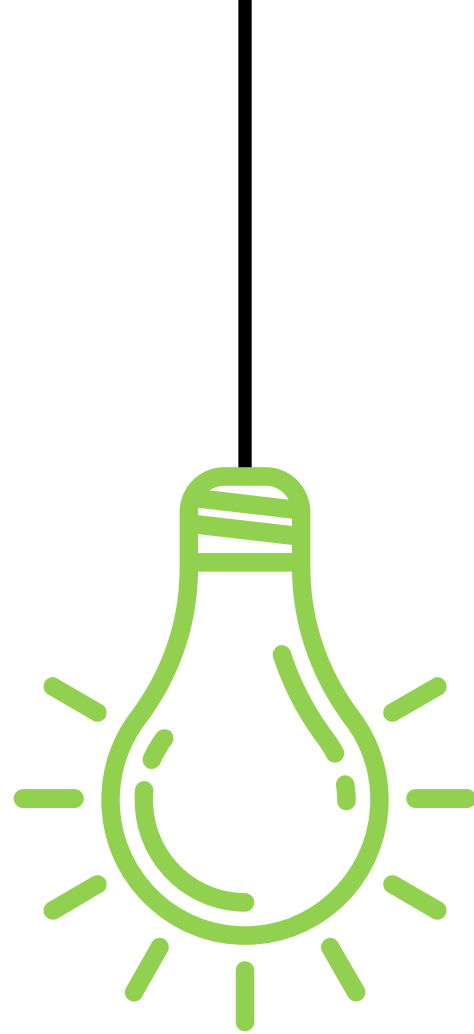
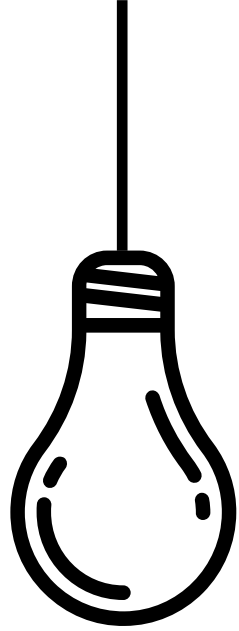


ABUSO DEL DIRITTO – Libertà di scelta del contribuente

“

Sul punto si è espressa anche Assonime, nella Circ. n. 27/2018, affermando che *“non può esservi abuso per il solo fatto che il contribuente adotti soluzioni negoziali fiscalmente meno onerose, purché si tratti di operazioni di per sé legittime. Questo è ciò che sancisce in modo esplicito l’art. 10-bis, comma 4, della l. n. 212/2000 (...). E in quest’ottica (...) non assume alcuna importanza che la via percorsa dal contribuente possa essere più o meno lunga o comporsi di due operazioni anziché di una sola, purché naturalmente il collegamento negoziale non risulti di per sé abusivo nel senso di violare la ratio dell’ordinamento”* (sul punto anche risposta a interpello n. 185/2019).

”

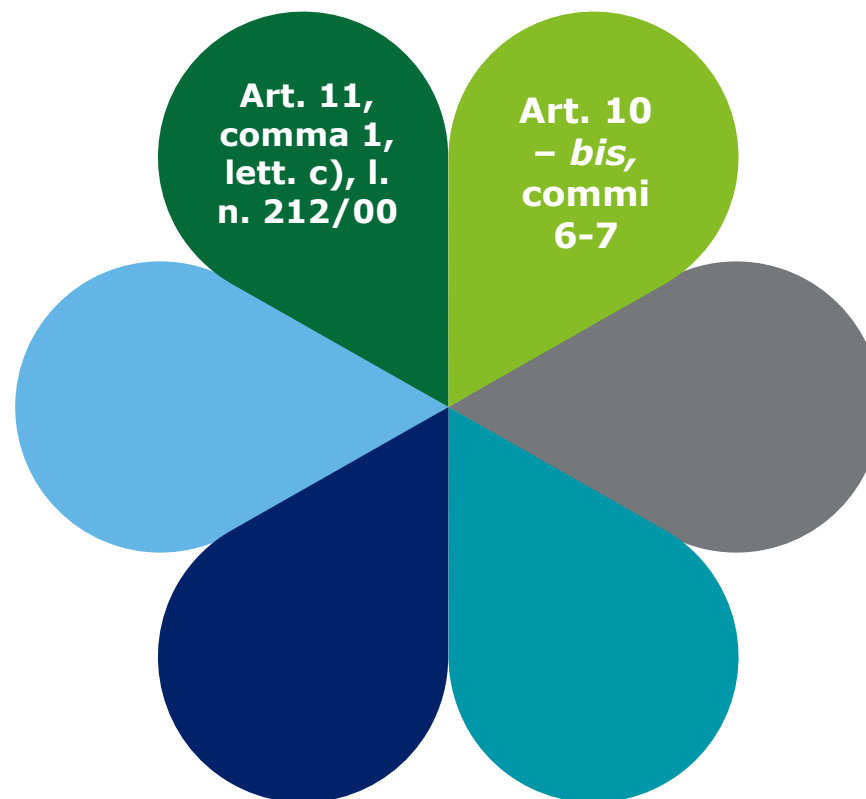


Gli aspetti procedurali

ABUSO DEL DIRITTO – **Aspetti procedurali**

Viene confermata la possibilità per il contribuente di proporre apposito **interpello preventivo** per verificare se le operazioni che intende realizzare costituiscono o meno fattispecie di abuso di diritto.

Il contribuente può interpellare l'AF, inoltre, per la **disapplicazione** di norme che, allo scopo di contrastare fenomeni elusivi, lo penalizzano in maniera eccessiva, dimostrando che nella particolare fattispecie, tali comportamenti elusivi non possono verificarsi.



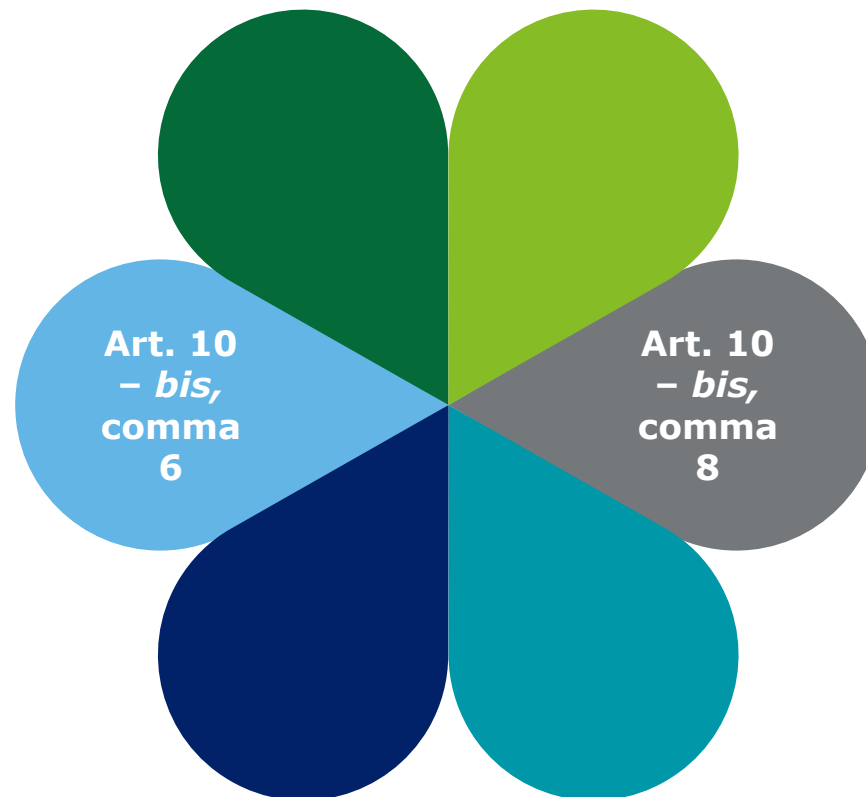
L'avviso di accertamento dovrà essere preceduto da una apposita **richiesta di chiarimenti**, in cui sono indicati «*i motivi per i quali si ritiene configurabile un abuso del diritto*».

Il contribuente dovrà rispondere entro 60 giorni dalla ricezione della richiesta indicando nella risposta quali sono le ragioni extrafiscali non marginali che fungono da esimente.

La finalità della disposizione è evidente: introdurre una fase obbligatoria endo-procedimentale rispetto alla emanazione dell'avviso di accertamento, in modo da consentire di evitare un eventuale contenzioso, dimostrando sin da subito le valide ragioni extrafiscali non marginali supportanti l'operazione contestata

A differenza dell'abrogato art. 37-*bis*, nella nuova clausola generale si prevede che «l'abuso del diritto è accertato con **apposito atto**»: l'atto impositivo con cui si contesta l'abuso del diritto deve, dunque, essere specificatamente «dedicato» all'abuso e non deve contenere altre contestazioni.

La *ratio* è legata alla particolarità della materia e, soprattutto, alla specialità del processo di accertamento previsto per l'abuso, che non è compatibile con la contestazione di fattispecie diverse

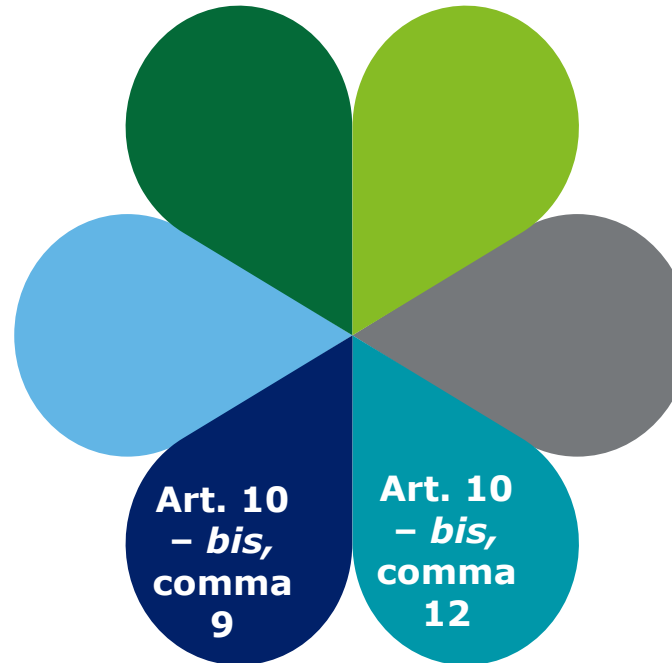


L'atto dovrà, a pena di nullità, essere «**specificamente motivato** in relazione alla condotta abusiva, alle norme ed ai principi elusi, agli indebiti vantaggi fiscali realizzati, nonché ai chiarimenti forniti dal contribuente».

L'introduzione di **tale specifica motivazione** va salutata con favore, soprattutto, se si considera l'orientamento espresso dalle SS.UU., che, proprio con riferimento all'abuso, ha affermato il potere del giudice tributario di riqualificare come abusivi i fatti di causa, pur in assenza di una contestazione in tal senso nell'avviso di accertamento (cfr. SS.UU. n. 30055/2008).

L'onere della prova della condotta abusiva resta esclusivamente in capo all'AF, la quale dovrà adeguatamente dimostrare sia la sussistenza degli elementi costitutivi della fattispecie abusiva/elusiva, che le concrete modalità di manipolazione e di alterazione degli schemi negoziali, considerati come irragionevoli in una normale logica di mercato e perseguiti solo per pervenire a quel risultato fiscale.

Solo una volta provato ciò, spetterà al contribuente l'onere di allegare la esistenza di ragioni extrafiscali, alternative o concorrenti, di reale spessore che hanno giustificato la strutturazione in una determinata maniera delle operazioni accertate



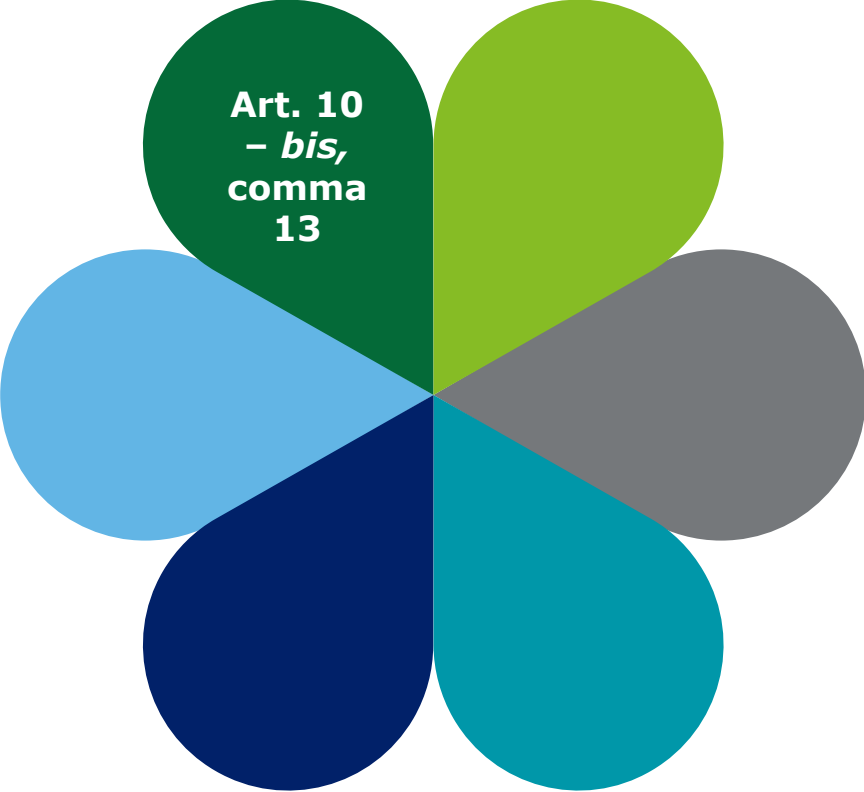
«In sede di accertamento l'abuso del diritto può essere configurato solo se i vantaggi fiscali non possono essere disconosciuti contestando la violazione di specifiche disposizioni tributarie».

Pertanto, la disciplina dell'abuso del diritto costituisce una **norma di chiusura** del sistema che può trovare applicazione solo laddove i vantaggi fiscali non possano essere contestati utilizzando le altre disposizioni vigenti (es. 109 TUIR, 19 d.P.R. n. 633/72 etc.).

Secondo la Relazione illustrativa, il comma 12 «conferma che la disciplina dell'abuso del diritto ha applicazione solo **residuale** rispetto alle disposizioni concernenti la simulazione o i reati tributari, in particolare, l'evasione o la frode: queste fattispecie vanno perseguite con gli strumenti che l'ordinamento gli offre».

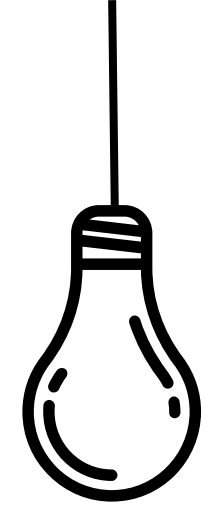
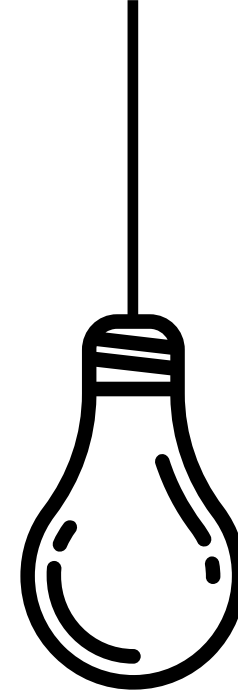
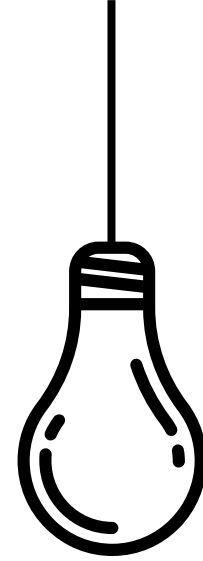
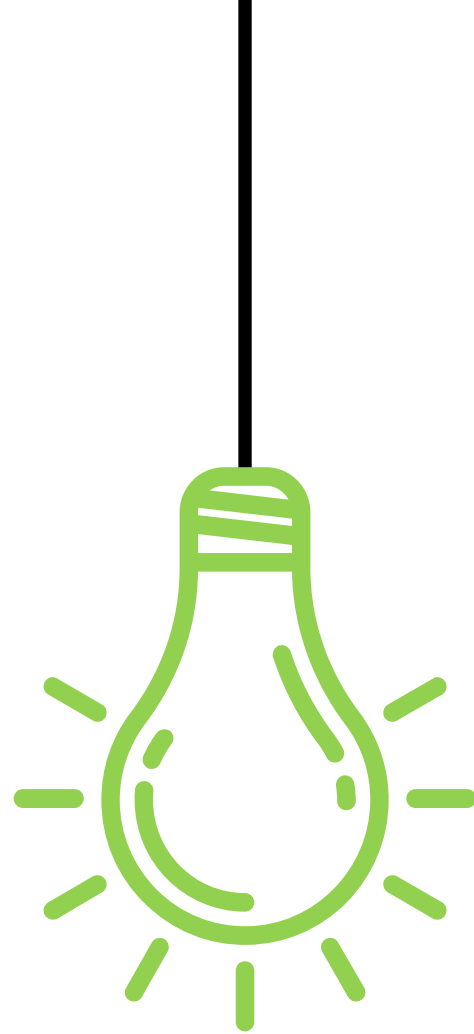
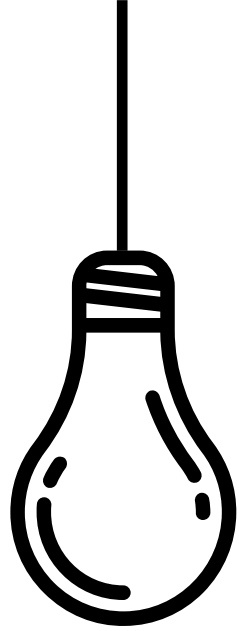
Le operazioni abusive **non** sono sanzionabili **penalmente**: la novità pare sicuramente rispettosa del principio di determinatezza dell'illecito penale di cui all'art. 25, comma 2, della Costituzione.

Prima della novella, al contrario, l'applicabilità delle sanzioni penali alle condotte che violano specifiche fattispecie elusive («elusione codificata») è stata ritenuta dalla giurisprudenza al superamento delle soglie quantitative di contestazione (v. Cass. sent. n. 33187/2013; n. 36894/2013; n. 8797/2014).



**Art. 10
– bis,
comma
13**

Viene finalmente risolto il contrasto sorto in dottrina e giurisprudenza circa l'applicabilità o meno delle **sanzioni amministrative** alle fattispecie abusive/elusive, stante la mancanza della violazione di specifiche norme di legge. La Relazione illustrativa al decreto delegato afferma che per colmare l'esigenza di graduare «*le condotte che integrano una violazione diretta di disposizioni normative e quelle che ne «aggirano» la ratio [...] la scelta adottata nel comma 13 del nuovo articolo 10-bis è stata quella di escludere la rilevanza penale delle operazioni costituenti abuso del diritto, quali descritte dalla norma generale del citato articolo, facendo salva, per converso, l'applicabilità ad esse delle sanzioni amministrative, ove ne ricorrano in concreto i presupposti*».



La prassi dell'Agenzia delle entrate

ABUSO DEL DIRITTO – Casistiche

Fattispecie	Chiarimenti
Scissione e trasformazione agevolata seguita dalla cessione di immobili	È considerata abusiva una sequenza di operazioni così strutturata (risposta a interpello Agenzia delle Entrate 10.11.2023 n. 456): - scissione parziale proporzionale con attribuzione a una società newco di un complesso immobiliare; - trasformazione agevolata della newco in società semplice ex art. 1 co. 100-105 della L. 197/2022 con determinazione della plusvalenza sulla base del valore catastale; - cessione ad un soggetto terzo del complesso immobiliare da parte della newco senza realizzo di plusvalenze ai sensi dell'art. 67 co. 1 lett. b) del TUIR; - liquidazione e cancellazione della newco. La sequenza di operazioni è priva di sostanza economica ed è essenzialmente diretta a far conseguire ai soci un vantaggio fiscale contrario alle norme agevolative.
Scissione di asset che non integrano un'azienda	Non si configurano profili di abuso del diritto in caso di scissione parziale di asset (partecipazioni, marchi e immobili) che non integrano un'azienda, a condizione che l'operazione sia finalizzata all'effettiva continuazione dell'attività imprenditoriale (risposta a interpello Agenzia delle Entrate 20.6.2023 n. 354).

ABUSO DEL DIRITTO – Casistiche

Fattispecie	Chiarimenti
Scissione di sola liquidità	Presenta profili di abuso del diritto una scissione parziale di sola liquidità a favore di una società controllata al fine di dotarla delle risorse necessarie per estinguere un finanziamento bancario a sua volta acceso dalla controllata per estinguere un debito verso la società controllante. L'operazione circolare è priva di sostanza economica ed è essenzialmente diretta al conseguimento di un vantaggio fiscale indebito, in quanto diretta ad aggirare il regime proprio degli aumenti di capitale reali o virtuali (risposta a interpello Agenzia delle Entrate 21.3.2023 n. 263).
Scissione di liquidità e altri beni	Non configura abuso del diritto la scissione parziale non proporzionale asimmetrica di ramo immobiliare composto da disponibilità liquide, immobili e relativi rapporti contrattuali, a condizione che l'operazione sia finalizzata all'effettiva continuazione dell'attività imprenditoriale e che dalle società non provengano flussi finanziari a favore dei soci diversi dai dividendi (risposta a interpello Agenzia delle Entrate 1.3.2023 n. 233). Si veda anche la risposta a interpello Agenzia delle Entrate 21.3.2022 n. 133 con la quale è stata ritenuta non abusiva un'operazione di scissione totale non proporzionale asimmetrica di disponibilità liquide e partecipazioni.

ABUSO DEL DIRITTO – Casistiche

Fattispecie	Chiarimenti
Cessione e riacquisto di azioni della medesima società	Non configura abuso del diritto la cessione di una partecipazione relativamente alla quale sussistono i requisiti della participation exemption ex art. 87 del TUIR, seguita dal riacquisto di una partecipazione in quella medesima società e dall'ulteriore cessione minusvalente del "nuovo" pacchetto partecipativo, con diritto alla deduzione della minusvalenza per carenza, in questo secondo caso, dei requisiti PEX (risposta a interpello Agenzia delle Entrate 11.1.2021 n. 32).
Scissione parziale nella controllante	Non configura abuso del diritto una scissione societaria ex art. 173 del TUIR avente come beneficiaria la controllante della scissa (risposte a interpello Agenzia delle Entrate 23.4.2021 n. 282 e 8.5.2023 n. 317).

ABUSO DEL DIRITTO – Casistiche

Fattispecie	Chiarimenti
Scissione asimmetrica della conferente preceduta da conferimento	Non configura abuso del diritto un'operazione di scissione parziale non proporzionale asimmetrica preceduta da un conferimento di una partecipazione di controllo, detenuta dalla scindenda, a favore di una holding neo-costituita (risposta a interpello Agenzia delle Entrate 23.3.2022 n. 152). Si veda anche la risposta a interpello Agenzia delle Entrate 12.1.2023 n. 14, con la quale è stata considerata abusiva un'operazione di conferimento di partecipazioni in regime di realizzo controllato ex art. 175 del TUIR seguito dalla scissione asimmetrica della società conferente a favore di società unipersonali dei soci persone fisiche della conferente-scissa.
Riorganizzazione societaria e nuova opzione per il consolidato	Non si applica la disciplina dell'abuso del diritto in caso di società coinvolte in operazioni straordinarie che aderiscono nuovamente alla tassazione di gruppo ex art. 117 del TUIR (risposta a interpello Agenzia delle Entrate 6.4.2022 n. 165).

ABUSO DEL DIRITTO – Casistiche

Fattispecie	Chiarimenti
Partecipazioni acquisite infragruppo	Si configura abuso del diritto in un'articolata operazione che prevede l'acquisizione di partecipazioni tra società appartenenti al medesimo gruppo mediante la stipula di finanziamenti fruttiferi infragruppo (risposta a interpello Agenzia delle Entrate 29.7.2022 n. 395).
Conferimento di partecipazioni preceduto dalla cessione di una partecipazione	Non configura abuso del diritto il conferimento di partecipazioni in regime di realizzo controllato preceduto dalla cessione di una partecipazione al fine di integrare i requisiti previsti dall'art. 177 co. 2-bis del TUIR (risposta a interpello Agenzia delle Entrate 4.1.2023 n. 4).
Conferimento congiunto di partecipazioni seguito da una scissione totale non proporzionale	Non si configura abuso del diritto in caso di conferimento congiunto di partecipazioni ex art. 177 co. 2 del TUIR in "realizzo controllato" seguito da una scissione totale non proporzionale della società target (risposta a interpello Agenzia delle Entrate 6.10.2022 n. 496).

ABUSO DEL DIRITTO – Casistiche

Fattispecie	Chiarimenti
Acquisto di partecipazioni propedeutico al conferimento in regime di realizzo controllato	Non può configurarsi ipotesi di abuso del diritto la situazione si fruisce di un regime fiscale agevolativo previsto dal sistema. Ciò vale anche per fruire della cosiddetta neutralità indotta di cui all'articolo 177, commi 2 e 2-bis, del Tuir. Nel caso di specie, l'acquisto di partecipazioni eseguito prima del conferimento al fine di rimuovere una causa ostativa all'applicazione del regime fiscale citato non integra un abuso del diritto, essendo la compravendita non simulata (risposta interpello del 25.8.2021 n. 552)
Scissione con attribuzione alla società controllante degli asset relativi all'attività non caratteristica svolta dalla scissa	Non è configurabile un abuso del diritto con riferimento all'imposta IVA in caso di scissione con attribuzione alla società controllante degli <i>asset</i> relativi all'attività non caratteristica svolta dalla scissa a condizione che i beni vengano assegnati a società che esercitano un'attività economica effettiva. Nel caso di specie, una <i>holding</i> mista che esercita prevalentemente l'attività agricola (commercializzazione di prodotti vinicoli), intende scindersi a favore della società che la controlla al 100 per cento. A quest'ultima, in particolare, la scissa attribuirebbe le attività non rientranti nel proprio «<i>core business</i>», al fine di riorganizzare l'attività complessivamente svolta dal gruppo a livello "settoriale". A seguito dell'operazione, quindi, la società scissa si concentrerebbe sulla sola commercializzazione dei prodotti vinicoli e sul coordinamento tecnico e gestionale delle società partecipate direttamente e indirettamente, le quali comunque operano nel proprio settore di riferimento (risposta interpello del 23.4.2021 n. 282)

Fattispecie	Chiarimenti
Scissione parziale non proporzionale con costituzione di Newco	Non configura abuso del diritto la scissione parziale non proporzionale di una società posseduta da due soci al 50% a titolo di nuda proprietà, nella quale due ulteriori soggetti detengono l'usufrutto (sempre al 50%), al fine di separare le partecipazioni dei nudi proprietari in due distinti veicoli societari, con susseguente creazione di una newco, detenuta al 100% da uno dei soci, restando invece la scissa di proprietà dell'altro socio e rimanendo gli usufruttuari titolari di tale diritto su entrambe le società al 50% (risposta interpello Agenzia delle Entrate del 1.10.2020 n. 421)
Compravendite di titoli partecipativi e scambio di partecipazioni a favore di holding Newco	Non integra una fattispecie di abuso del diritto le compravendite tra due soci di titoli partecipativi effettuate con lo scopo di integrare i requisiti per due operazioni di scambio di partecipazioni a "realizzo controllato" nella Spa Alfa, da effettuarsi da parte di due soci in favore di due società holding di nuova costituzione. Tali compravendite permettono difatti che si verifichi il presupposto previsto dalla legge per lo scambio di partecipazioni in neutralità indotta risposta interpello del 2.10.2020 n. 429)
Scissione parziale proporzionale a favore di società del gruppo	Non configura abuso del diritto la scissione parziale proporzionale a favore di società del gruppo in ottica di razionalizzazione di un gruppo di società effettuata tramite uno spin-off immobiliare con scissione della Srl Alfa, che trasferisce il compendio di immobili di sua proprietà alla consorella Beta, alla quale li concedeva in precedenza in locazione. Questo al fine di ridurre i costi in capo a Beta e di favorire il passaggio generazionale, senza porre in essere ulteriori operazioni a livello di gruppo (n. 553 del 23.11.2020).

Fattispecie	Chiarimenti
Cessione delle quote a una <i>newco</i> e successiva fusione inversa	L'Agenzia delle Entrate conferma il proprio orientamento in merito alla qualificazione abusiva di un'operazione che prevede (i) la costituzione di una <i>newco</i> che contrae un debito bancario per l'acquisizione delle partecipazioni nella società <i>target</i>; (ii) seguita dalla cessione alla stessa delle quote della <i>target</i> previamente rivalutate dai soci ex art. 5 della L. 448/2001; (iii) con infine una fusione inversa della <i>newco</i> nella <i>target</i>. In particolare, la mancanza di sostanza economica dell'operazione viene individuata nell'utilizzo di <i>"un numero superfluo di negozi giuridici, il cui perfezionamento non è coerente con le normali logiche di mercato, ma appare idoneo unicamente a far conseguire un vantaggio fiscale indebito ai soci"</i>, derivante dall'aggiramento del regime fiscale sul recesso c.d. "tipico" che avrebbe dato luogo all'applicazione della ritenuta a titolo di imposta del 26% sul reddito di capitale percepito dai soci. Invece, nel caso di specie, si intendeva realizzare un reddito diverso ex art. 67 del TUIR da cessione della partecipazione "affrancata" attraverso il regime previsto dall'art. 5 della L. 448/2001 (risposta interpello del 5.8.2020 n. 242; conf. risposta n. 341/2019 e nel principio di diritto n. 20/2019).
Conferimento d'azienda e successiva fusione inversa	Il conferimento di ramo d'azienda cui segue un'operazione di fusione inversa di un consorzio nella società incorporante, controllata dallo stesso soggetto incorporato, con il fine di estinguere il consorzio, non rappresenta un'operazione abusiva, in quanto non comporta il conseguimento di alcun vantaggio fiscale indebito, non ravvisandosi alcun contrasto con la <i>ratio</i> di disposizioni fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario. Per effetto dell'operazione straordinaria, le partecipazioni al capitale sociale della società, detenute dal soggetto incorporato, saranno assegnate ai Comuni consorziati in proporzione alle quote rispettivamente detenute da questi nel consorzio stesso (risposta del 30.4.2020 n. 123).

Fattispecie	Chiarimenti
Disapplicazione dell'art. 172, comma 7 del TUIR in ipotesi di mancato superamento del test di vitalità in assenza di spese per il personale	Si ammette la disapplicazione dell'art. 172 co. 7 del TUIR, il quale limita il riporto delle perdite pregresse, per una società che pur superando il c.d. "test di vitalità" riguardo ai ricavi, non lo supera con riguardo alle spese del personale, perché queste ultime risultano pari a zero. Nel caso di specie, viene valorizzata l'impossibilità di sostenere costi per personale, in quanto era stato posto in essere un contratto di affitto di azienda d'azienda che aveva comportato il passaggio alla società affittuaria, unitamente all'azienda, dei dipendenti a essa relativo (risposta del 6.3.2020, n. 88).
Conferimento d'azienda e successiva fusione inversa	Non integra i presupposti per l'abuso del diritto ai sensi dell'art. 10-bis della L. 212/2000 la scissione asimmetrica ex art. 173 del TUIR mediante la quale due o più soci si dividono indirettamente beni immobili attraverso la costituzione di società unipersonali riconducibili ai soci medesimi, in quanto l'operazione in questione è considerata fisiologica, rilevandosi uno un mero strumento mediante il quale dividere le strade tra soci aventi diversi orizzonti imprenditoriali (risposta del 21.2.2020 n. 72)

Fattispecie

Trasformazione societaria progressiva seguita dalla cessione di un immobile

Chiarimenti

Non costituisce una condotta abusiva un'operazione di trasformazione societaria progressiva (da società di persone in società di capitali) con successiva cessione di un immobile in regime IRES, data l'invarianza della base imponibile su cui calcolare l'imposta sul reddito (risposta interpello n. 503 del 28.11.2019 – la risposta costituisce *revirement* interpretativo, in quanto la medesima Agenzia delle entrate con la risposta n. 185 dell'11.6.2019 ha qualificato come abusiva una trasformazione societaria progressiva a seguito della quale la società istante intendeva (i) conferire un ramo d'azienda in una *newco* (costituita sotto forma di società di capitali), e successivamente (ii) cedere il 70% della partecipazione nella *newco* ad un soggetto terzo, realizzando una plusvalenza, in quanto l'operazione di trasformazione sarebbe "ultronea rispetto all'obiettivo economico perseguito di cedere il 70% delle quote della *newco* S.r.l.". L'indebito vantaggio fiscale sarebbe, in particolare, rappresentato dalla fruizione delle disposizioni di cui all'art. 87 del TUIR in luogo del combinato disposto di cui agli artt. 58, comma 2 e 5, comma 1, del TUIR.

Trasferimento di un complesso aziendale mediante più atti aventi ad oggetto, da un lato, un ramo d'azienda (privo d'immobili) e, dall'altro, gli immobili gestiti dal ramo configura potenzialmente un vantaggio fiscale

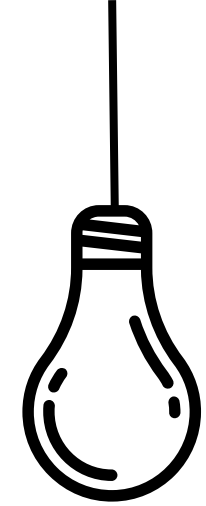
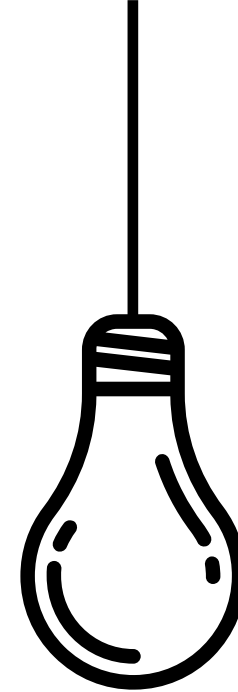
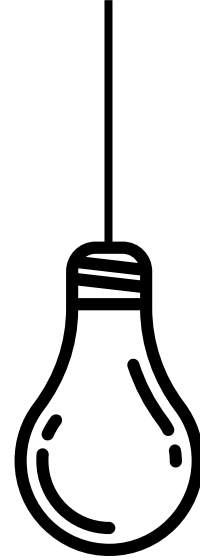
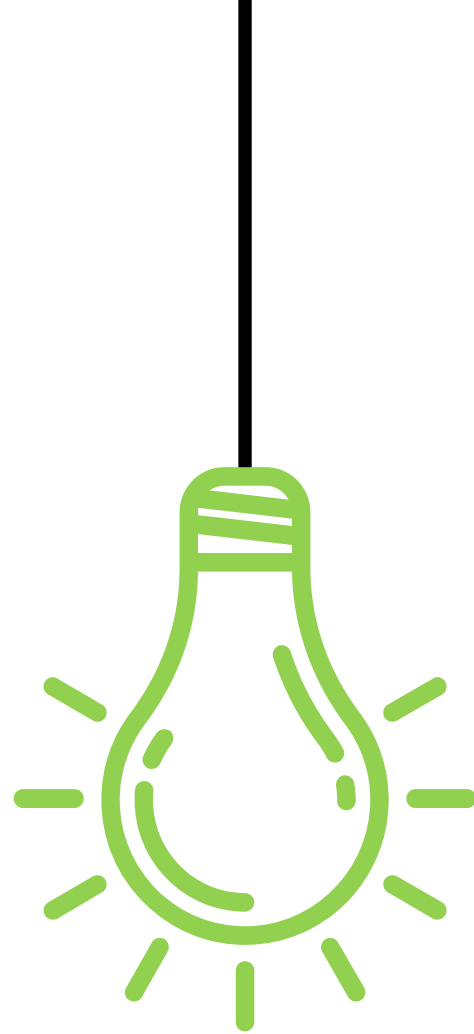
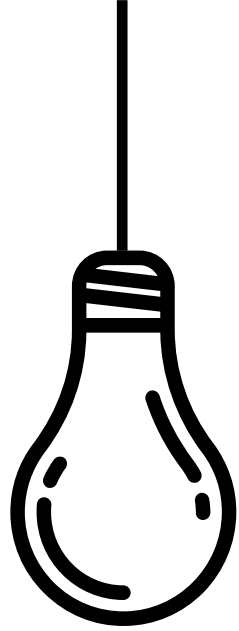
L'Agenzia delle entrate, affermando preliminarmente l'applicabilità al caso di specie della nuova formulazione dell'art. 20 del TUR, conclude per la **non elusività** dell'operazione sopra descritta, ma solo in considerazione della **particolare natura del cessionario**, fondo immobiliare chiuso che, per limitazioni legali e regolamentari, può acquisire esclusivamente immobili e partecipazioni in società immobiliari, ma non rami d'azienda, riconoscendo, all'opposto, che la vendita separata degli immobili rispetto all'azienda configuri un vantaggio fiscale indebito ((risposta interpello n. 469 del 7.11.2019).

Fattispecie	Chiarimenti
Scissione parziale proporzionale e prosecuzione della tassazione di gruppo	Non integra abuso del diritto ex art. 10-bis della L. 212/2000 la scissione parziale proporzionale a favore di una società <i>newco</i> , finalizzata a scorporare le partecipazioni nelle società controllate e concentrarle in una nuova <i>subholding</i> (risposta interpello Agenzia delle Entrate 13.2.2019 n. 53).
Scissione parziale non proporzionale di società immobiliare	Non configura carattere abusivo la scissione parziale non proporzionale di una società effettuata al fine di consentire ai soci di proseguire l'attività di locazione e gestione immobiliare con il ramo immobiliare attribuito ad una delle società beneficiarie. L'operazione, infatti, non determina la fuoriuscita dei beni dal regime di impresa e i plusvalori relativi ai beni medesimi verranno assoggettati a tassazione nel momento in cui essi verranno ceduti dalla società beneficiaria (risposta interpello Agenzia delle Entrate 11.4.2019 n. 106).
Scissione totale non proporzionale e passaggio generazionale delle azioni	In caso di scissione societaria non integra abuso del diritto ex art. 10-bis della L. 212/2000 l'inserimento di un'apposita clausola negli statuti di ciascuna società beneficiaria che consenta la conversione delle "Azioni B" in azioni ordinarie al verificarsi del decesso dell'esponente di prima generazione, finalizzata a preordinare le condizioni necessarie al passaggio generazionale <i>mortis causa</i> delle attività in favore degli esponenti di terza generazione (risposta interpello Agenzia delle Entrate 23.8.2019 n. 343).

Fattispecie	Chiarimenti
Fusione transfrontaliera	Non configura abuso del diritto la fusione transfrontaliera mediante la quale una società italiana incorpora una propria controllata estera, senza che all'estero permanga alcuna stabile organizzazione. Nel caso di specie, l'incorporata estera non presenta posizioni fiscali riportabili in Italia (quali perdite fiscali pregresse non recuperabili all'estero) e il valore di ingresso in Italia delle attività e passività estere è quello del valore normale (risposta interpello Agenzia delle Entrate 28.1.2019 n. 11).
<i>Merger leveraged buy out</i>	Configura abuso del diritto il seguente schema (principio di diritto Agenzia delle Entrate 29.1.2019 n. 1): - operazione di MLBO strutturata su più livelli di società veicolo, residenti in Italia e all'estero, finalizzata ad acquisire azioni di una società target quotata mediante acquisizione delle stesse sia dai precedenti soci di maggioranza sia sul mercato; - il reinvestimento di parte della liquidità riveniente dalla predetta cessione da parte degli ex soci di maggioranza alla società veicolo acquirente, per il tramite delle altre società veicolo residenti in Italia, al fine di ridotarla delle risorse liquide per l'acquisizione delle rimanenti azioni sul mercato. In questo caso, si verifica la creazione artificiosa di base ACE in capo alla società veicolo, concretizzando un vantaggio fiscale indebito.

Fattispecie	Chiarimenti
Costituzione di una società mediante scambio di partecipazioni - Successivo conferimento dell'azienda in affitto e cessione delle partecipazioni	Non costituisce abuso del diritto la riorganizzazione societaria che prevede (risposta interpello Agenzia delle Entrate 13.5.2019 n. 138): - la costituzione di una società <i>holding</i> da parte dei soci persone fisiche della società affittuaria, attraverso scambi di partecipazioni mediante conferimento ex art. 177 co. 2 del TUIR; - il conferimento dell'azienda in affitto, in regime di neutralità fiscale ex art. 176 del TUIR, da parte della società locatrice-conferente a favore della società affittuaria-conferitaria; - la cessione, da parte della società locatrice-conferente, delle partecipazioni ricevute nella società affittuaria-conferitaria a fronte del conferimento dell'azienda sino ad allora in affitto, con acquirente delle partecipazioni la società holding (previamente costituita mediante scambio di partecipazioni con conferimento) e realizzo di una plusvalenza che beneficia però della PEX.
Cessione di partecipazioni rivalutate	La cessione da parte di una persona fisica di una partecipazione di cui ha precedentemente rivalutato il costo fiscale ex art. 5 della L. 448/2001 costituisce un'operazione suscettibile di generare un vantaggio fiscale indebito ex art. 10-bis della L. 212/2000 se il cessionario è una società su cui il cedente è in grado di esercitare un sostanziale controllo (principio di diritto Agenzia delle Entrate 23.7.2019 n. 20).

Fattispecie	Chiarimenti
Scissione parziale proporzionale seguita da cessione di partecipazioni della scissa	Non configura abuso del diritto la scissione parziale proporzionale di una società a favore di una beneficiaria neocostituita (assegnataria del solo ramo immobiliare) e la successiva cessione di tutte le partecipazioni della scissa (rimasta titolare del solo ramo operativo). In particolare, non si rinviene l'esistenza di un indebito vantaggio fiscale, posto che il legislatore consente diverse strade, tutte poste sullo stesso piano e aventi, quindi, pari dignità fiscale (ris. Agenzia delle Entrate 25.7.2017 n. 97; cfr. anche risposta interpello Agenzia delle Entrate 29.1.2019 n. 13).



**L'art. 20 del d.P.R. n.
131/1986 (T.U.R.)**

ABUSO DEL DIRITTO – Il nuovo art. 20 del T.U.R.

Con l'art. 1, comma 87, della legge n. 2015 del 27.12.2017 (c.d. «Legge di Bilancio 2018»), l'art. 20 del T.U.R. viene modificato nella sua formulazione in modo da scongiurare interpretazioni degli atti tese a cogliere un eventuale collegamento negoziale in luogo della loro immediata e specifica efficacia giuridica ovvero alla **valorizzazione di elementi extratestuali**.

Le modifiche dovrebbero, dunque, **limitare** la possibilità di rettificare gli atti sulla base di elementi extratestuali o atti collegati: le disposizioni contenute nell'art. 20, infatti, consentirebbero la rettifica degli atti solo con riferimento al **contenuto proprio dell'atto** (in tal modo superando l'orientamento dell'Agenza delle entrate, la quale, ad esempio, nelle risoluzioni n. 97/E e n. 98/E 2017, richiamando la giurisprudenza in materia della Corte di Cassazione, ha qualificato **come cessione di azienda** il conferimento di azienda con contestuale cessione della partecipazione ottenuta in contropartita, con la conseguente applicazione dell'**imposta proporzionale di registro** prevista per le cessioni di azienda, in luogo dell'imposta fissa stabilita sia per i conferimenti di azienda sia per la cessione di partecipazioni).

Del resto, la coesistenza dell'art. 10-bis dello Statuto e dell'art. 20 del T.U.R. implica che l'art. 20 non possa più essere interpretato in funzione antielusiva (in questo senso si è espressa anche Assonime, nella circolare del 4.8.2016 n. 21 e nella circolare del 3.6.2019 n. 13, l'Agenza delle Entrate nella **risposta del 18.6.2019 n. 196** e la Corte di Cassazione nella **sentenza del 13.09.2021 n. 24647**). Diversamente, infatti, ove l'art. 20 avesse mantenuto natura di norma antielusiva, esso risulterebbe tacitamente abrogato dalla norma, successiva, recata dall'art. 10-bis

ABUSO DEL DIRITTO – **La modifica all'art. 53-bis del T.U.R.**

In tale contesto è stato altresì specificato che anche all'**imposta di registro** si applica la disciplina generale antiabuso, di cui all'art. 10-bis dello Statuto: è stato, infatti, integrato l'art. 53-bis del T.U.R., ove, ora, viene stabilito che i poteri di accertamento e controllo dell'amministrazione finanziaria in materia di imposta di registro sono esercitati fermo restando quanto previsto dalla disciplina generale sull'abuso del diritto o elusione fiscale.

Articolo 53-bis del T.U.R. in vigore sino al 31.12.2017	Articolo 53-bis del T.U.R. in vigore dal 1.1.2018
<i>Le attribuzioni e i poteri di cui agli articoli 31 e seguenti del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, e successive modificazioni, possono essere esercitati anche ai fini dell'imposta di registro, nonché delle imposte ipotecaria e catastale previste dal testo unico di cui al decreto legislativo 31 ottobre 1990, n. 34</i>	<i>Fermo restando quanto previsto dall'articolo 10-bis della legge 27 luglio 2000, n. 212, le attribuzioni e i poteri di cui agli articoli 31 e seguenti del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, e successive modificazioni, possono essere esercitati anche ai fini dell'imposta di registro, nonché delle imposte ipotecaria e catastale previste dal testo unico di cui al decreto legislativo 31 ottobre 1990, n. 347</i>

ABUSO DEL DIRITTO - Effetti della nuova definizione di abuso del diritto sull'imposta di registro

L'art. 10-bis della L. 212/2000 non consente, però, di contestare il ricorso a uno strumento negoziale in luogo di un altro, laddove si tratti di una scelta tra diversi tipi negoziali, cui il legislatore riconduce regimi fiscali diversi, atteso che ciò configura una scelta consentita alla luce del principio del legittimo risparmio di imposta (studio del Notariato 17-2018/T).

Ad esempio, nelle **risposte n. 13/2019, 138/2019 e 196/2019**, l'Agenzia delle Entrate, recependo il novellato assetto normativo, ha affermato che *"la circostanza per cui oggi giorno ai fini dell'imposta di registro la cessione diretta dell'azienda continui a scontare la tassazione in misura proporzionale, mentre la cessione indiretta della stessa (tramite il trasferimento delle quote sociali) sconti la tassazione in misura fissa non appare riconducibile ad alcuna logica di fondo del settore impositivo in esame, tale per cui se il contribuente sceglie la seconda (cessione indiretta) - seppure con un percorso articolato - configuri una violazione delle finalità perseguite dalla prima"* (sul tema, si veda la circ. Assonime 3.6.2019 n. 13).

In particolare è stato stabilito come: *«Il nuovo testo dell'art. 20 impone, pertanto, di determinare l'obbligazione tributaria sulla base dell'intrinseca natura e degli effetti giuridici prodotti dallo specifico atto portato alla registrazione, con esclusivo riferimento agli "elementi desumibili dall'atto medesimo", senza che assuma rilevanza il collegamento negoziale con altri atti»* (cfr. Risposta 18.6.2019. n. 196).

ABUSO DEL DIRITTO – I dubbi di Assonime

1

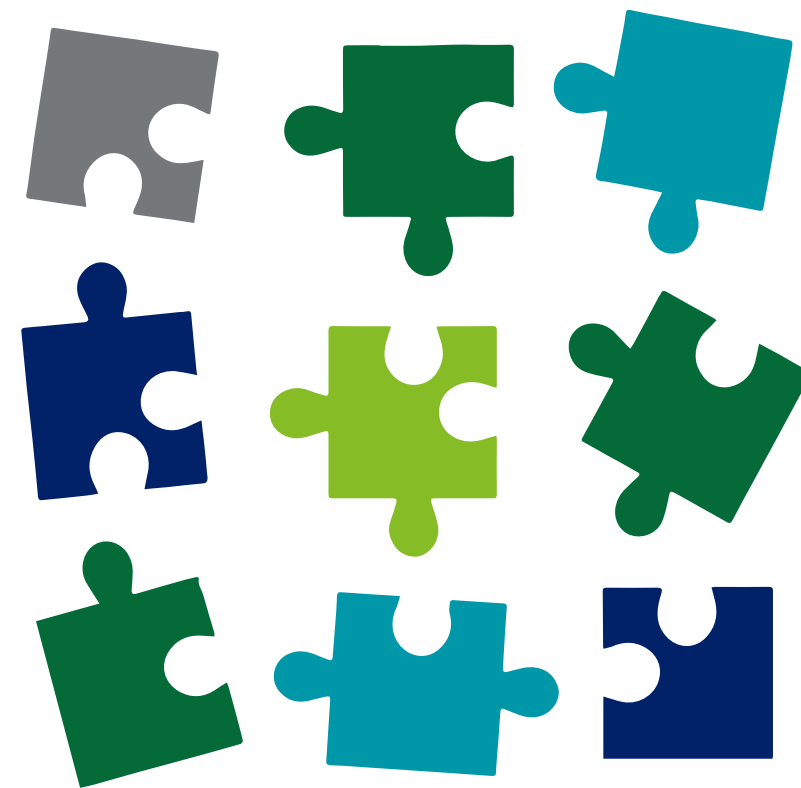
Nonostante con le richiamate risposte l'Agenzia confermi che non è abusiva la scissione seguita dalla cessione delle partecipazioni della scissa (ma anche il conferimento seguito dalla vendita delle partecipazioni del soggetto conferitario) e non lo può essere in questo senso nemmeno la vendita di una partecipazione totalitaria **standalone** ossia non preceduta dalla scissione o da un conferimento, **Assonime**, con la **circolare 3.6.2019** n. 13 a commento della risposta n. 196/2019, evidenzia alcuni dubbi interpretativi ancora irrisolti.

2

Infatti, se da un lato, l'Agenzia conferma lo sdoganamento della combinazione scissione e successiva vendita della totalità delle partecipazioni della scissa (ma il discorso è evidentemente identico ove venissero trasferite le partecipazioni della o delle beneficiarie) e lo stesso trasferimento totalitario delle partecipazioni (**standalone**) con **sottostante azienda o suo ramo** nel presupposto della mancanza di alcun vantaggio fiscale indebito, dall'altro **la conclusione sarebbe diversa qualora, successivamente al trasferimento delle partecipazioni questo preceduto da un conferimento la società avente causa si fondesse con la partecipata**, giacché in tal caso sarebbe *"chiara la volontà di acquisire direttamente un'azienda, risultando il percorso tortuoso posto in essere volto ad acquisire le partecipazioni totalitarie meramente strumentale al predetto obiettivo conseguito"* (tortuosità che dimostrerebbe evidentemente **l'assenza di sostanza economica**).

3

Secondo la risposta n. 196/2019, infatti, non è abusivo conferire un'azienda o un suo ramo e vendere successivamente l'intero pacchetto partecipativo della conferitaria; ma è, al contrario, abusiva *"la combinazione di **tre atti soggetti a tassazione in misura fissa** (conferimento d'azienda, cessione delle quote nella conferitaria e fusione per incorporazione della conferitaria da parte dell'acquirente)"*, posto che in tal caso vi è *"il conseguimento di un **indebito vantaggio d'imposta**"*.



Di qui la spaccatura nel mondo dell'abuso nell'imposta di registro che si consuma quanto alle concatenazioni negoziali che contemplano operazioni straordinarie.

Assonime in tal senso evidenzia i seguenti profili problematici:

- l'affermata abusività della concatenazione di scissione/conferimento e fusione intervallate dal trasferimento dell'intero pacchetto partecipativo contrasta con la Direttiva 2008/7/CE, il cui art. 5, par. 1, lett. e) prevede che *"gli Stati membri non assoggettano le società di capitali ad alcuna forma di imposta indiretta per le operazioni di ristrutturazione di cui all'art. 4"* (norma, quest'ultima, che riguarda sia fusioni per incorporazione che scissioni);
- nella compravendita di azienda, vi è solidarietà delle parti contraenti quanto alla imposta proporzionale di registro, e non avrebbe senso ritenere responsabile di una condotta abusiva il preteso dante causa del trasferimento delle partecipazioni, estraneo, almeno nel caso di operazioni non infragruppo, alla delibera di fusione;
- non si comprende perché l'alternativa misura fissa/misura proporzionale che il sistema dell'imposta di registro contempla rispettivamente per la vendita di partecipazioni e per quello dell'azienda o di un suo ramo non originerebbe un vantaggio fiscale indebito nel caso di scissione o conferimento e successiva vendita delle partecipazioni, mentre alla conclusione contraria dovrebbe pervenirsi se la vendita di partecipazioni interviene prima dell'operazione straordinaria (fusione).

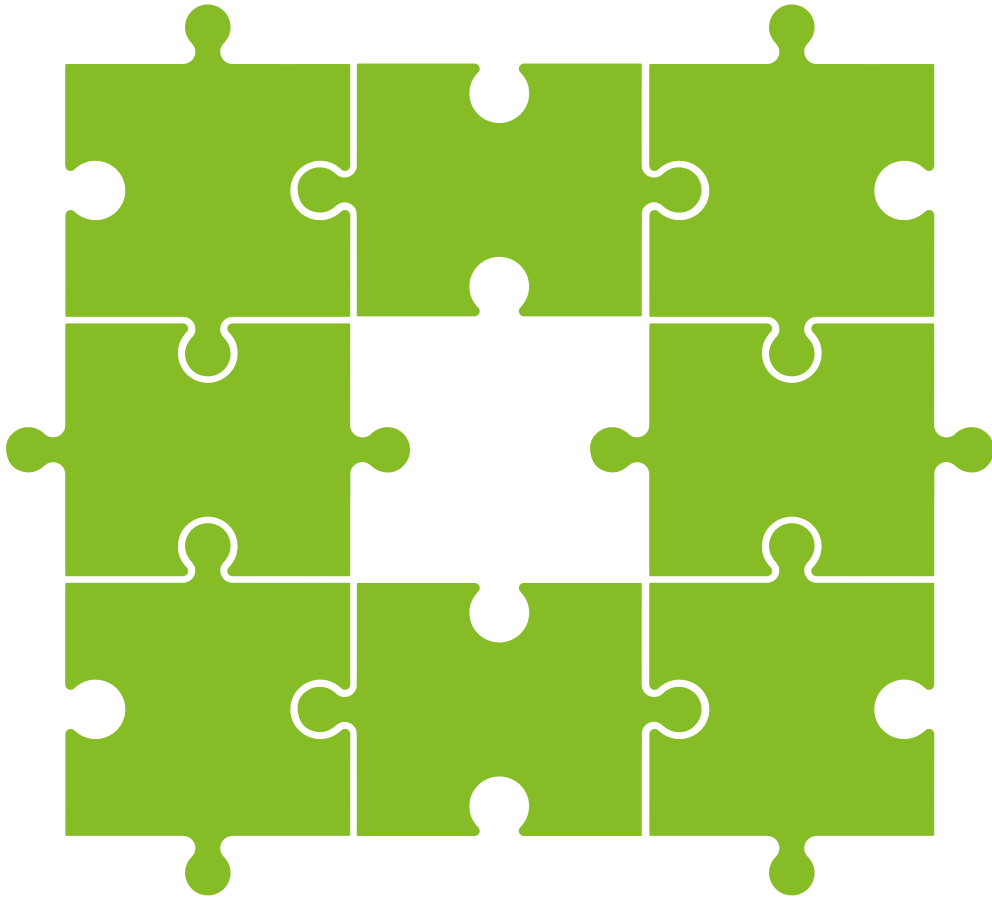
ABUSO DEL DIRITTO – L'applicazione dell'art. 20 del T.U.R.

Stante l'orientamento dell'Agenzia, tutte le volte in cui si muovono, asset diversi da aziende o rami di esse, **non vi è allo stato certezza, quanto all'imposta di registro, circa la reazione dell'Amministrazione finanziaria.**

In questo senso assumendo che effettivamente il fruire della misura fissa prevista per lo *share deal* in luogo di quella proporzionale prevista per il trasferimento del sottostante, nel caso di **fusione successiva al predetto deal**, costituisca vantaggio fiscale indebito ed assumendo ancora che la ritenuta (dall'Agenzia) tortuosità del percorso in questione dimostri l'assenza di sua sostanza economica, non resta altro che puntare, ricorrendone i presupposti, sulle c.d. **esimenti della condotta abusiva** ossia dimostrare che la concatenazione in oggetto risponde a "**valide ragioni extrafiscali, non marginali**, anche di ordine organizzativo o gestionale, che rispondono a finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa".



ABUSO DEL DIRITTO – La ordinanza della Corte Costituzionale n. 158 del 21.7.2020



Chiamata a pronunciarsi sulla presunta illegittimità costituzionale dell'art. 20 in commento, la Corte Costituzionale con l'ordinanza **n. 158 del 21.7.2020** ha espressamente riconosciuto la natura non antielusiva del medesimo articolo.

(segue)



In particolare, la Corte Costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità riferita agli art. 3 e 53 Cost., atteso che il legislatore, con la Legge di bilancio 2018, riaffermando la natura di imposta d'atto dell'imposta di registro, ha legittimamente scelto di privilegiare l'atto portato alla registrazione, come punto di riferimento per l'imposizione dell'imposta di registro, escludendo, quindi riferimenti ad elementi extratestuali o atti collegati, se non nei limiti espressamente ammessi dal T.U.R..

L'interpretazione nel caso disciplinato dall'art. 20, afferma la Corte, *«in linea con le specificità del diritto tributario, risulta circoscritta agli effetti giuridici dell'atto presentato alla registrazione (ovverosia al gestum, rilevante secondo la tipizzazione stabilita dalle voci indicate nella tariffa allegata al testo unico), senza che possano essere svolte indagini circa effetti ulteriori, salvo che ciò sia espressamente stabilito dalla stessa disciplina del testo unico»*.

La scelta del legislatore ben si concilia, inoltre, con la norma sull'abuso del diritto recata dall'art. 10-bis della L. 212/2000, cui come visto, l'art. 53-bis del d.P.R. n. 131/86 rinvia espressamente, atteso che, invece, l'interpretazione incentrata sulla "causa reale" provocherebbe incoerenze nell'ordinamento, in quanto consentirebbe all'Amministrazione finanziaria, da un lato, di operare in funzione antielusiva senza applicare la garanzia del contraddittorio endoprocedimentale e, dall'altro, di *"svincolarsi da ogni riscontro di «indebiti» vantaggi fiscali e di operazioni «prive di sostanza economica», precludendo di fatto al medesimo contribuente ogni legittima pianificazione fiscale (invece pacificamente ammessa nell'ordinamento tributario nazionale e dell'Unione europea)*.

ABUSO DEL DIRITTO – Effetti retroattivi della norma

L'art. 1 co. 1084 della legge di bilancio 2019 (L. 145/2018) ha sancito la **natura retroattiva**, in quanto norma di interpretazione autentica, dell'art. 1 co. 87 della L. 205/2017 (legge di bilancio 2018), che ha riscritto l'art. 20 del d.P.R. n. 131/86.

Con l'entrata in vigore della L. 145/2018, il legislatore ha imposto che la nuova norma si applichi retroattivamente anche agli atti anteriori all'1.1.2018: **la riqualificazione basata su elementi extratestuali o atti collegati non è più ammissibile, ai fini del registro, anche per atti anteriori all'1.1.2018**, a meno che non sia supportata dalla prova dell'abuso del diritto ex art. 10-bis della L. 212/2000 (a favore della natura retroattiva del "*nuovo*" art. 20, si vedano, tra gli altri, C.T. Prov. Reggio Emilia 31.1.2018 n. 4/2/18 e studio del Consiglio Nazionale del Notariato 17-2018/T, in senso contrario, tra le tante, Cass. 13.11.2018 n. 29084).

Studio Tributario e Societario

Important notice

This document has been prepared by Deloitte Touche Tohmatsu Tax Services S.r.l. for the sole purpose of enabling the parties to whom it is addressed to evaluate the capabilities of Deloitte Touche Tohmatsu Tax Services S.r.l. to supply the proposed services.

The information contained in this document has been compiled by Deloitte Touche Tohmatsu Tax Services S.r.l. and may include material obtained from various sources which have not been verified or audited. This document also contains material proprietary to Deloitte Touche Tohmatsu Tax Services S.r.l.. Except in the general context of evaluating the capabilities of Deloitte Touche Tohmatsu Tax Services S.r.l., no reliance may be placed for any purposes whatsoever on the contents of this document. No representation or warranty, express or implied, is given and no responsibility or liability is or will be accepted by or on behalf of Deloitte Touche Tohmatsu Tax Services S.r.l. or by any of its partners, members, employees, agents or any other person as to the accuracy, completeness or correctness of the information contained in this document.

Other than stated below, this document and its contents are confidential and prepared solely for your information, and may not be reproduced, redistributed or passed on to any other person in whole or in part. If this document contains details of an arrangement that could result in a tax or insurance saving, no such conditions of confidentiality applies to the details of that arrangement (for example, for the purpose of discussion with tax authorities). No other party is entitled to rely on this document for any purpose whatsoever and we accept no liability to any other party who is shown or obtains access to this document.

This document is not an offer and is not intended to be contractually binding. Should this proposal be acceptable to you, and following the conclusion of our internal acceptance procedures, we would be pleased to discuss terms and conditions with you prior to our appointment.

Deloitte Touche Tohmatsu Tax Services S.r.l., a company, registered in Italy with registered number 12551830156 and its registered office at Via Tortona no. 25, 20144, Milan, Italy, is an affiliate of Deloitte Central Mediterranean S.r.l., a company limited by guarantee registered in Italy with registered number 09599600963 and its registered office at Via Tortona no. 25, 20144, Milan, Italy.

Deloitte Central Mediterranean S.r.l. is the affiliate for the territories of Italy, Greece and Malta of Deloitte NSE LLP, a UK limited liability partnership and a member firm of Deloitte Touche Tohmatsu Limited, a UK private company limited by guarantee ("DTTL"). DTTL and each of its member firms are legally separate and independent entities. DTTL, Deloitte NSE LLP and Deloitte Central Mediterranean S.r.l. do not provide services to clients. Please see www.deloitte.com/about to learn more about our global network of member firms.

© 2024 Deloitte Central Mediterranean. All rights reserved.

Deloitte.