ISSN 1825-9871

Università degli Studi di Napoli Federico II
Facoltà di Giurisprudenza

INNOVAZIONE E DIRITTO

I limiti "esterni" all'attuazione del principio dell'abuso del diritto per le operazioni di riorganizzazione societaria: riflessioni a margine della sentenza della Cassazione n. 1372 del 21 gennaio 2011.

di Antonio Visconti

Sommario: Premessa; 1. La sentenza della Cassazione n. 1372, del 21 gennaio 2011; 2. La disciplina fiscale europea e nazionale delle operazioni di riorganizzazione societaria; 2.2. (segue) Il recepimento a livello interno della clausola antielusiva ex art. 11 della Direttiva 90/434; 3. L'impatto dei principi contenuti nella Direttiva 90/434 nella regolamentazione dei rapporti tra i soggetti interni; 4. La giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea sulla Direttiva n. 90/434 in materia antielusiva / antiabuso; 5. Talune ipotesi di applicazione distorta della clausola antiabuso alle operazioni di riorganizzazione poste in essere tra soggetti interni; Conclusioni.

Premessa

Il principio dell'abuso del diritto nell'ambito del comparto della fiscalità diretta è stato oggetto, negli ultimi anni, di un intenso percorso di elaborazione da parte della giurisprudenza della Cassazione .

Tuttavia, il percorso di definizione non può ancora essere considerato concluso, con particolare riferimento alla reale portata e ai relativi limiti dello stesso.

Verosimilmente questo iter potrà perfezionarsi solo una volta che la Corte di Giustizia Europea si sarà pronunciata sulle questioni pregiudiziali rimesse dalla Corte di Cassazione .

Allo stato attuale, infatti, l'amministrazione finanziaria nelle attività di accertamento non sempre ne fa un uso coerente con l'interpretazione giurisprudenziale, nonché con i principi della certezza del diritto, della autonomia nella scelta della forma negoziale, della libertà di iniziativa economica e del legittimo affidamento.

Innovazione e Diritto

Ciò si palesa con particolare evidenza nei casi in cui vi è una riqualificazione dei comportamenti posti in essere dalle parti che mira a ricondurli, con un meccanismo forzato "invertito", verso la fattispecie impositiva più gravosa, e dunque prescindendo in toto da valutazioni sulla "normalità economica" della fattispecie concreta ed in cui possono assumere rilievo le ragioni che hanno motivato le scelte, gli effettivi interessi delle parti e, quindi, la "causa" reale dell'operazione.

Al di là, quindi, della condivisione o meno dell'approdo interpretativo della Corte di Cassazione, risulta necessario avviare un percorso che consenta di delimitare il campo applicativo del principio del divieto di abuso del diritto, determinando quali siano le "condizioni d'uso" della clausola antielusiva, soprattutto in quei settori, quale quello delle operazioni di riorganizzazione societaria, in cui i riferimenti di ordine logico-interpretativo, rispondono ad una ratio di generale "stimolo" del sistema economico in linea con la normativa europea.

Con specifico riferimento alla disciplina fiscale delle operazioni interne di riorganizzazione societaria, preso atto che questa persegue gli obiettivi dello sviluppo e della crescita dimensionale delle imprese attraverso il riconoscimento della piena neutralità fiscale, il legislatore nazionale ne ha plasmato i contenuti, trasponendo i precetti recati dalla Direttiva n. 90/434/CE.

Sebbene la fiscalità diretta sia rimasta nelle esclusive competenze degli stati membri, appare singolare che il legislatore, nel trasporre questa direttiva nel diritto interno, abbia optato di estendere il regime previsto dalla direttiva per le operazioni di riorganizzzazione societaria anche alle fattispecie puramente interne all'ordinamento italiano .

Tuttavia, come si vedrà, la scelta di allineamento normativo operata dal nostro legislatore, per giurisprudenza costante della Corte di Giustizia Europea, determina l'obbligo di interpretare la suddetta normativa alla luce della ratio della direttiva stessa .

In questa chiave verranno sviluppate nel presente commento considerazioni critiche sulla sentenza della Suprema Corte n. 1372 del 21 gennaio 2011, onde valutare se l'applicazione del principio del divieto dell'abuso del diritto rispetto ad una complessa operazione di riorganizzazione di un gruppo societario sia stata interpretata nel rispetto dei parametri stabiliti dall'ordinamento europeo, cui il legislatore italiano ha volontariamente scelto di subordinare la propria normativa.

Innovazione e Diritto

1. La sentenza della Cassazione n. 1372, del 21 gennaio 2011.

Nel caso in esame l'amministrazione finanziaria ha riqualificato un'operazione avente ad oggetto l'acquisizione del pacchetto azionario di una società da parte di un'altra società, operazione funzionale alla successiva fusione per incorporazione della prima società nella seconda .

In particolare, l'Agenzia delle Entrate contesta in capo alla società cessionaria la liceità della deduzione degli interessi passivi sostenuti in dipendenza di un prestito contratto nei confronti di altra società del gruppo e finalizzato all'attuazione dell'operazione di cui sopra.

Tale finanziamento, in quanto propedeutico alla fusione, sarebbe stato contratto per l'esclusivo fine di abbattere il reddito imponibile della società acquirente in virtù della deduzione dei predetti interessi passivi. Siccome il medesimo risultato si sarebbe potuto ottenere attraverso la diretta fusione delle società, ne deriverebbe che tale operazione sarebbe priva di "valide ragioni economiche" .

Nel caso di specie la Corte, attraverso un percorso teleologico assolutamente condivisibile, conclude in senso favorevole per il contribuente, motivando la propria decisione in virtù del fatto che "le scelte economiche di un gruppo seguono logiche finalizzate alla redditività di lungo periodo" e dunque tali da ammettere, sotto il profilo della "ragionevolezza economica", eventuali perdite nel breve periodo. Ne consegue che la scelta della strada non fiscalmente più onerosa, non è, né può essere, di per sé, fatto indicatore di un comportamento "abusivo".

Procedendo ad analizzare nel dettaglio il contenuto della sentenza, si fa presente che l'acquisto della partecipazione, con il relativo indebitamento, è avvenuto nel 1994, generando una perdita. L'avviso di accertamento impugnato riguarda invece l'anno successivo, in cui l'Ufficio ha rettificato il riporto perdite. Tuttavia, la Corte riconosce che la rettifica del riporto perdite non ha natura di accertamento per l'anno in cui viene utilizzata la perdita medesima, ma comporta un mero automatismo liquidativo.

In altri termini è solo per il 1994 che deve essere deciso se la perdita c'è stata o meno o in che misura vada ridefinita.

Innovazione e Diritto

A tal riguardo, stante la carenza nella documentazione prodotta dalla parte, la Suprema Corte dispone il rinvio alla CTR, al fine di valutare, nel merito, la competenza della perdita.

Trattatati i fatti di causa, la Corte preliminarmente chiarisce che la presunta fattispecie abusiva contestata, per carenza del presupposto oggettivo , non può essere riqualificata sulla base delle disposizioni di cui all'art. 10 L. 29 dicembre 1990, n. 408 , quanto, piuttosto, in virtù del principio del divieto dell'abuso del diritto, il quale secondo "una consolidata giurisprudenza della Corte" è immanente nell'ordinamento nazionale, e quindi rilevabile d'ufficio, "anche nel campo dell'imposizione diretta, ed è riferibile anche ad operazioni distinte e collegate tra loro, ove compiute al principale scopo di realizzare un risparmio fiscale" .

Tuttavia, chiarisce la Corte, per l'applicazione di detto principio, occorre che siano poste in essere una serie di condizioni di ordine procedimentale, in particolare:

è onere dell'Amministrazione finanziaria quello di spiegare nelle motivazioni dell'atto impositivo, perché la schema negoziale prescelto dalle parti abbia carattere anomalo o inadeguato rispetto all'operazione economica intrapresa;

spetta al contribuente provare l'esistenza delle "valide ragioni economiche" della scelta intrapresa, e dunque, l'assenza dell'esclusivo o prevalente interesse ad ottenere un indebito risparmio d'imposta .

Nel caso di specie, invece, l'atto affermava solo che analogo risultato poteva essere conseguito: "attraverso una diversa formula organizzativa".

A tal riguardo, conclude la Corte affermando che:

il principio dell'abuso del diritto deve essere impiegato con cautela, che deve essere massima quando non si tratta di operazioni finanziarie del tipo dividend washing o dividend stripping , di artificioso frazionamento dei contratti o di anomala interposizione di stretti congiunti , ma di ristrutturazioni societarie, soprattutto quando le stesse avvengono nell'ambito di grandi gruppi di imprese, nei cui confronti la valutazione non può essere la stessa di un'operazione posta in essere da un imprenditore individuale;

l'assenza di una redditività immediata non è di per se indice di una causa "elusiva" del negozio;

l'esercizio della libertà economica, tutelata dalla Costituzione e dal Trattato europeo, non può essere limitato per ragioni fiscali;

Innovazione e Diritto

la forma societaria può essere liberamente scelta anche per ragioni esclusivamente fiscali;
il sindacato dell'Amministrazione finanziaria non può spingersi ad imporre una misura di ristrutturazione diversa tra quelle giuridicamente possibili, solo perché tale misura avrebbe comportato "un maggior carico fiscale".

A sostegno di tali motivazioni, la Corte richiama i riferimenti giurisprudenziali resi in materia di abuso del diritto in ambito europeo e nazionale , nonché i generali principi di autonomia della forma negoziale e libertà dell'iniziativa economica, riconosciuti dalla recente riforma del sistema fiscale USA , e, comunque, più in generale, dalla Costituzione italiana e dal Trattato Europeo .

Tratteggiato per grandi linee il contenuto della sentenza, non può sottacersi che il grande merito della stessa sta nell'aver confermato l'esistenza nel nostro ordinamento del principio del "legittimo risparmio di imposta" , e quindi nell'aver superato quel pericoloso orientamento che tende a considerare "elusive" tutte quelle operazioni nelle quali il contribuente ha optato per la via meno onerosa.

Ad ogni buon conto, sebbene, tale sentenza a livello teleologico approdi ad un risultato pienamente condivisibile, non pienamente coerente risulta essere, ad avviso di chi scrive, il percorso seguito dai Supremi giudici.

In altri termini, data la rilevanza di tali operazioni nell'ambito dell'attuale scenario economico, è senza dubbio richiesta una maggiore tutela nell'apprezzamento delle stesse, tale da consentire il rispetto della ratio della normativa di riferimento.

A tale scopo, nelle pagine che seguono, si procederà, preliminarmente, alla ricostruzione del contesto normativo di riferimento, cercando di evidenziare gli stretti legami di dipendenza esistenti tra la disciplina transnazionale contenuta nella Direttiva n. 90/434, e quella propriamente interna, con particolare riferimento alle disposizioni antielusive presenti in entrambi gli ordinamenti.

Di poi, una volta tracciati i profili di collegamento/dipendenza tra i due sistemi normativi, sempre con riferimento alla clausola antielusiva, si procederà ad analizzare la giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea, al fine di cogliere quegli elementi interpretativi essenziali, che dovrebbero rappresentare un "limite massimo" ai fini della riqualificazione di siffatte operazioni anche se poste in essere tra soggetti meramente interni.

Innovazione e Diritto

In particolare, la verifica dell'esistenza di tali limiti ha lo scopo di individuare, alla luce del principio di "proporzionalità" , l'effettiva portata ed il significato dell'espressione "valide ragioni economiche", che in tale contesto si pone alla base dell'applicazione del principio del divieto dell'abuso del diritto, a livello sia interno che transnazionale.

2. La disciplina fiscale europea e nazionale delle operazioni di riorganizzazione societaria.

Con la direttiva 90/434 del 23 luglio 1990 è stato introdotto, agli effetti delle imposte dirette, un sistema di norme volto a garantire e tutelare, nel più ampio scenario di integrazione del mercato unico Europeo, il principio della neutralità fiscale delle operazioni di fusione, scissione, conferimento di attivo e scambio di partecipazioni, al fine di favorire i processi di riorganizzazione tra le imprese costituite nella forma di società di capitali residenti in diversi stati membri della comunità europea .

In particolare, il principio della "neutralità impositiva" implica la non imponibilità delle eventuali plusvalenze emergenti dalla differenza tra il valore contabile o di mercato del patrimonio netto della società oggetto di riorganizzazione e il valore fiscale dei beni e/o delle partecipazioni da questi possedute, come assunto precedentemente all'operazione.

E' stata altresì prevista nella Direttiva una norma a carattere antielusivo o anti "abuso", avente lo scopo di consentire agli stati membri di disapplicare in tutto o in parte i contenuti della stessa, ovvero, di revocarne i benefici, qualora la realizzazione delle operazioni in parola non abbia avuto come scopo il perseguimento di uno degli obiettivi previsti dalla norma (ristrutturazione, riorganizzazione, integrazione transnazionale, etc.), ma il solo conseguimento di un risparmio d'imposta (neutralità) attraverso un uso distorto della stessa.

Tale Direttiva è stata recepita in Italia con l'art 34, lett. c), della L. 19 febbraio 1992, n. 142 (c.d. Legge Comunitaria), norma che ha delegato il governo all'emissione di un apposito decreto avente lo scopo di far propri i contenuti della stessa, ed appunto dal D.lgs. 30 dicembre 1992, n. 544.

Con tale decreto legislativo per le Spa, le Srl, le Sapa, e gli altri enti pubblici e privati aventi ad oggetto attività commerciale, che pongono in essere operazioni di fusione, scissione,

Innovazione e Diritto

conferimenti di attivo o scambio di azioni con altri soggetti residenti nei paesi europei, è stato previsto un regime fiscale che ricalca in pieno le disposizioni previste dalla Direttiva 90/434.

Per quanto attiene la disciplina relativa alle riorganizzazioni societarie poste in essere tra soggetti residenti, occorre far presente che la stessa è stata oggetto di un organico riordino per effetto dell'emanazione del D. Lgs. n. 358 dell'8 ottobre 1997.

Per effetto di tale riordino, come fatto notare in dottrina , la disposizione regolante i rapporti tra soggetti interni è stata scritta sulla scorta dei principi che hanno orientato la norma regolante i rapporti transnazionali, ossia, sulla base della direttiva 90/434/CE.

2.1. (segue) Il recepimento a livello interno della clausola antielusiva ex art. 11 della Direttiva 90/434.

Come accennato, la Direttiva prevede altresì all'art. 11 una norma a finalità antielusiva o anti "abuso", avente lo scopo di consentire agli stati di disapplicare in tutto o in parte i precetti della stessa, ovvero, di revocare i benefici della "neutralità fiscale", qualora la realizzazione delle operazioni in parola non abbia avuto come scopo il perseguimento di uno degli obiettivi previsti (ristrutturazione, riorganizzazione, integrazione transnazionale, etc.) , ma il solo conseguimento di un risparmio d'imposta attraverso un suo uso distorto .

L'attuazione e la specifica regolamentazione di tale disciplina è stata, tuttavia, demandata ai singoli stati.

In particolare, per quanto attiene l'ambito nazionale, con la lett. g), co. 161, dell'art. 3, L. n. 662/1996, è stato richiesto al governo di disciplinare la revisione dei criteri di individuazione delle operazioni di natura elusiva indicate nell'art. 10 della legge n. 408/1990.

Di qui, l'art. 7 del D.Lgs. 8 ottobre 1997, n. 358, ha introdotto l'art. 37-bis del D.p.r. n. 600/73, il quale consente all'amministrazione finanziaria di disconoscere i vantaggi tributari conseguiti mediante gli atti, i fatti e i negozi - anche collegati fra loro - privi di valide ragioni economiche e diretti ad aggirare obblighi e divieti previsti dall'ordinamento tributario al fine di ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti, sempreché tali

Innovazione e Diritto

comportamenti siano caratterizzati dalla utilizzazione di una o più operazioni definibili, per comodità, "elusive".
Dal punto di vista sistematico può quindi rilevarsi come la "mini-riforma" delle disposizioni in materia di elusione tributaria sia intervenuta oltre che con lo scopo di meglio definire lo specifico contesto normativo, ma anche, considerata la fonte normativa di cui alla legge delega, al fine di dar luogo – per lo specifico contesto - alla trasposizione interna delle disposizioni di cui all'art. 11 della Direttiva 90/434.

3. L'impatto dei principi contenuti nella Direttiva 90/434 nella regolamentazione dei rapporti tra i soggetti interni.

A questo punto, considerata la chiara e ripetuta intenzione del legislatore di "avvicinare" la disciplina delle riorganizzazioni societarie poste in essere tra soggetti interni a quella delle operazioni tra soggetti transazionali, a sua volta quest'ultima, come visto, completamente imperniata sulla Direttiva 90/434 che era chiamata a recepire, è evidente che sussistono in riferimento alla prima, obblighi di uniformità nell'interpretazione e nella concreta attuazione dei principi sanciti da quest'ultima.
Al tal riguardo, infatti, la Corte di Giustizia Europea, nella ormai lontana sentenza Leur-Bloem è stata chiamata a pronunciarsi in riferimento proprio all'applicazione della Direttiva de qua rispetto a fattispecie puramente interne, fornendo, com'è nel suo ruolo, la corretta interpretazione della questione alla luce delle disposizioni del Trattato, norma che come noto si pone in posizione sovraordinata rispetto a quella nazionale.
In tale sentenza, la Corte ha affermato che il legislatore in linea di principio non è obbligato a seguire la direttiva nelle situazioni meramente interne, che per loro natura non rientrano nel campo di applicazione della stessa. Tuttavia, nella misura in cui per sua libera scelta egli abbia ritenuto di assumere il modello della direttiva come schema normativo di riferimento, al fine di uniformare/equiparare le situazioni interne e a quelle transnazionali, alla fattispecie interna saranno pienamente applicabili – anche quanto alla corretta interpretazione - i precetti contenuti nella disposizione comunitaria a cui questa fa in sostanza rinvio .
Pertanto, concludono i giudici, al fine di evitare divergenze d'interpretazione, esiste un concreto interesse affinché tali questioni ricevano una interpretazione uniforme .

Innovazione e Diritto

Tanto detto, si rende opportuno a questo punto definire quali sono gli aspetti che impongono, nell'ambito della disciplina interna in materia di riorganizzazioni societarie, una esigenza di conformità nell'interpretazione delle disposizioni della Direttiva.

In altri termini, preso atto che il legislatore delegato ha chiaramente espresso l'esigenza di armonizzare la normativa interna a quella prevista - quale recepimento della Direttiva – per le operazioni transnazionali e considerato che sotto il profilo sostanziale i due comparti normativi riproducono le medesime disposizioni in termini di principi informatori, occorre chiedersi fino a che punto sia necessario che la normativa interna tenga conto delle disposizioni europee e quali sono i rimedi (o i pericoli) nell'ipotesi di mancato coordinamento nell'interpretazione delle disposizioni in parola.

A tal riguardo, poi, appare utile altresì riportare quanto enunciato nella sentenza della CGUE Kofoed , ove, proprio con riferimento all'attuazione da parte degli stati membri delle disposizioni contenute nella Direttiva oggetto di analisi, la Corte, tra le altre cose, afferma che: "le autorità di uno Stato membro, quando applicano il diritto nazionale, sono tenute ad interpretarlo per quanto possibile alle luce della lettera e dello scopo delle direttive comunitarie" .

Pertanto, il rapporto di connessione (o comunque di collegamento/consequenzialità) tra le disposizioni generali in materia di riorganizzazione societaria a livello transnazionale e interno da una parte, e quelle specifiche in materia antielusiva dall'altra, richiede che l'interpretazione delle seconde con riferimento allo specifico contesto debba essere quantomeno orientata in virtù sulla base della ratio e dei principi che orientano le prime, e dunque, sia da effettuare nella più generale ottica regolata dalla Direttiva de qua.

Ai fini che qui rilevano, occorre comprendere se le riqualificazioni di siffatte operazioni in chiave antielusiva/abusiva da parte dell'amministrazione finanziaria e della giurisprudenza siano state sempre rispettose della ratio della normativa in commento e dei principi interpretativi che di essa ne ha fornito la Corte di Giustizia Europea.

Innovazione e Diritto

4. La giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea sulla Direttiva n. 90/434 in materia antielusiva / antiabuso.

Come più volte fatto notare dalla Corte di Giustizia, il regime tributario comune istituito dalla direttiva n. 90/434, si applica indistintamente a tutte le operazioni di riorganizzazione delle società, a prescindere dai loro motivi, siano essi "finanziari, economici o puramente fiscali" .

A tal riguardo, in alcune pronunce rese con riferimento allo specifico contesto, e di seguito riportate, la Corte ha chiarito che gli Stati non possono disconoscere l'applicazione dei benefici della direttiva adducendo a sostegno della propria pretesa impositiva che l'operazione ha avuto luogo per ragioni esclusivamente fiscali.

Di converso, gli stessi possono rifiutarne l'applicazione ove l'operazione, posta in essere beneficiando del regime di cui alla Direttiva 90/434/CE, sia finalizzata a conseguire un risparmio d'imposta mediante aggiramento o evasione del presupposto impositivo nazionale.

In particolare, con le sentenze Leur-Bloem e AT i giudici europei hanno disposto in termini generali che: "..il regime tributario comune previsto dalla Direttiva 90/434 si applica a tutte le operazioni da essa contemplate a prescindere dai motivi di realizzazione delle medesime, siano essi finanziari, economici o puramente fiscali" .

Si pone un primo punto di analisi, ossia, se la realizzazione di una data operazione avente come finalità la possibilità di beneficiare di un regime fiscale che consente un trattamento fiscale maggiormente vantaggioso rispetto ad altri previsti dal sistema, rappresenti di per sé fattispecie rilevante ai fini della norma antiabuso.

In particolare, con la giurisprudenza oggetto di analisi è stato chiarito che, al fine di dar luogo all'applicabilità della predetta clausola, è necessario che l'operazione posta in essere: "abbia come obiettivo principale o come uno degli obiettivi principali la frode o l'evasione fiscale".

La Corte, infatti, nella sentenza Cadbury-Schweppes ha chiarito che i diritti e le tutele previste dal diritto dell'unione europea possono essere ristretti dagli stati membri qualora vengano invocato dai cittadini per porre in essere costruzioni di puro artificio, ossia, comportamenti contrastanti con gli obiettivi per i quali è stata emanata la norma (nel caso di specie: favorire la ristrutturazione e la razionalizzazione delle imprese interessate).

Innovazione e Diritto

Al fine di dare concretezza al principio in parola, il legislatore europeo, nel secondo periodo della lett. a) del co. 1 dell'art. 11, dispone che: "il fatto che una delle operazioni (di riorganizzazione) non sia effettuata per valide ragioni economiche, quali la ristrutturazione o la razionalizzazione delle attività delle società partecipanti all'operazione, può costituire la presunzione che quest'ultima abbia come obiettivo principale o come uno degli obiettivi principali la frode o l'evasione fiscali".

Tuttavia, onde consentire di cogliere la sussistenza o meno delle predette "valide ragioni economiche", la Corte nella sentenza Leur-Bloem afferma che: "..le autorità nazionali competenti non possono limitarsi ad applicare criteri generali e predeterminati, ma devono procedere, caso per caso, ad un esame globale dell'operazione..".

In altri termini, dunque, i giudici europei hanno affermato il principio/dovere secondo il quale la valutazione del carattere abusivo/elusivo di una operazione presuppone la corretta qualificazione della situazione giuridica soggettiva definita dalla norma comunitaria (o nel nostro caso dalla norma interna di recepimento) che si ritiene sia stata abusata, e la contestuale valutazione in parallelo di questa rispetto alla fattispecie concreta oggetto di revisione.

Pertanto, ciò che emerge dalle interpretazioni fornite dalla Corte rispetto all'effettivo valore della clausola antielusiva contenuta nella Direttiva è che la stessa debba trovare applicazione da parte degli stati membri tutte le volte in cui l'operazione sottoposta a valutazione venga realizzata per motivazioni estranee agli obiettivi di "ristrutturazione e razionalizzazione" previsti dalla norma, ossia, al solo scopo di consentire alle parti interessate l'ottenimento di indebiti e ingiustificati vantaggi fiscali.

Tuttavia, tale divieto non opera ove le operazioni poste in essere possano spiegarsi per il conseguimento di vantaggi "economici, finanziari e fiscali" conseguenti l'attuazione delle operazioni secondo gli scopi previsti (ristrutturazione e razionalizzazione delle attività).

Non dimenticando, infatti, che la Direttiva stessa si pone come norma a carattere agevolatorio rispetto agli ordinari, e spesso restrittivi, regimi fiscali interni.

A tal riguardo, ulteriori chiarimenti possono essere colti nella sentenza del 12 dicembre 2008, causa C-285/07, A.T., ove la Corte, occupandosi della conformità della normativa fiscale tedesca sui conferimenti e gli scambi azionari con i dettami della direttiva "fusioni", ha

Innovazione e Diritto

precisato che gli Stati membri non possono subordinare la concessione dei benefici della direttiva a condizioni supplementari rispetto a quelle previste dalla normativa comunitaria, a pena di pregiudicare il raggiungimento dei fini propri della stessa.

Nella medesima pronuncia, la Corte ha occasione di mettere in risalto la stretta correlazione tra la tutela degli interessi finanziari, invocati dagli Stati membri a sostegno delle deroghe al regime dell'unione europea, e la clausola antiabuso di cui all'art. 11, stabilendo che solo a fronte di condotte che violano lo spirito della norma comunitaria, gli Stati membri possono rifiutare di applicare, in tutto o in parte, le disposizioni di tale direttiva o revocarne il beneficio in forza dell'art. 11, n. 1, lett. a), della Direttiva 90/434/CE.

In altri termini, considerato che, in via di principio, le disposizioni della direttiva, come innanzi visto, non soffrono deroghe neppure in presenza di operazioni realizzate per motivi "meramente fiscali", si deve ritenere che gli interessi finanziari dello Stato, alla cui protezione parimenti la stessa sovrintende , debbano essere tutelati solo qualora pregiudicati da comportamenti manifestamente abusivi, e manifestamente estranei agli scopi di "ristrutturazione e razionalizzazione" perseguiti dalla stessa.

Tra l'altro, infatti, l'utilizzo in tale ambito di "strumenti" antiabuso particolarmente restrittivi o tali da tradire la ratio extrafiscale della normativa, sono considerate dalla Corte stessa come misure non rispettose del principio di "proporzionalità" .

Si fa presente, infine, che il Tribunale amministrativo del Portogallo con rinvio pregiudiziale del 10 marzo 2010, causa C-126/2010 / Foggia-sociedade gestora de partecipações sociais, con riferimento alla portata e agli effetti della norma antielusiva portoghese circa la possibilità da parte dell'amministrazione finanziaria di riqualificare un'operazione di fusione stante il riporto di consistenti perdite pregresse da parte di uno dei soggetti coinvolti, ha sottoposto alla Corte di Giustizia Europea un quesito recante il seguente testo: "Quale sia il significato e la portata dell'art. 11, n. 1, lett. a), della direttiva 23 luglio 1990, 90/434/CEE, con particolare riferimento al contenuto delle espressioni «valide ragioni economiche» e «ristrutturazione o la razionalizzazione delle attività» delle società partecipanti ad operazioni rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva 90/434/CEE".

Sulla base di quanto sino ad ora visto, particolare interesse assumerà la sentenza che la Corte di Giustizia vorrà emettere in relazione al rinvio operato dai giuridici portoghesi. In particolare, infatti, ciò che ci si attende dalla stessa è la possibilità di avere la corretta

Innovazione e Diritto

definizione della disposizione in commento, al precipuo fine di ottenere un "riferimento" che ci consenta di valutare in termini di "proporzionalità" l'applicazione interna della norma antielusiva e/o del principio antiabuso, con riferimento allo specifico contesto.
Tratteggiati i contorni del concetto di operazione abusiva, come definiti dalla Corte di Giustizia nella giurisprudenza di riferimento, e accertati i vincoli di carattere interpretativo esistenti tra l'ordinamento europeo e quello interno nella subiecta materia, si procede, di seguito, ad analizzare talune fattispecie in cui l'amministrazione finanziaria e il giudice nazionale hanno provveduto alla riqualificazione in chiave antielusiva di negozi di riorganizzazione societaria in dispregio dei suddetti principi.

5. Talune ipotesi di applicazione distorta della clausola antiabuso alle operazioni di riorganizzazione societaria poste in essere tra soggetti interni.

Procedendo alla verifica dell'applicazione concreta dei suddetti principi da parte dell'amministrazione finanziaria e della giurisprudenza, ossia della riqualificazione in chiave antielusiva delle operazioni di riorganizzazione societaria poste in essere tra soggetti interni, occorre premettere, come già fatto notare, che l'art. 37-bis del Dpr n. 600/73, nella misura in cui riproduce i medesimi concetti contenuti dell'art. 11 della Direttiva, poggia già (o dovrebbe poggiare) sui medesimi presupposti logici.
Tuttavia, in molti casi – e soprattutto per mano Ministeriale - sono state formulate delle letture di tale norma completamente avulse dal contesto logico/interpretativo elaborato dalla Corte di Giustizia a cui la stessa, come visto, dovrebbe uniformarsi.

In particolare, sono emblematiche le motivazioni contenute nella risoluzione n. 177/E del 28 aprile 2008, ove è stata considerata elusiva una trasformazione da s.p.a. in s.r.l. finalizzata alla fruizione della norma in materia di tassazione su base catastale delle società agricole, prevista solo per quest'ultimo tipo di società.
In tale ipotesi, infatti, come - tra l'altro – differentemente (e correttamente) affermato dagli stessi contribuente propositori dell'interpello, l'operazione di trasformazione, pur avendo come obiettivo quello di consentire alla trasformanda s.p.a. di fruire del più vantaggioso

Innovazione e Diritto

regime fiscale previsto per le s.r.l. e pur non presupponendo l'uso distorto di alcuna norma (ad esempio scegliendo la trasformazione in luogo dello scioglimento della società; o ancora, artatamente simulando l'esistenza dell'affectio societatis pur essendo l'impresa condotta da un solo soggetto), è stata reputata elusiva dall'amministrazione finanziaria in quanto presupporrebbe: "..un uso improprio degli strumenti civilistici, poiché la tassazione su base catastale deriverebbe da un uso improprio dell'operazione di trasformazione..".

Continua il Ministero affermando che: "..con l'operazione prospettata, la società istante non realizza gli effetti voluti dalla norma, ma, abusando dell'autonomia negoziale riconosciuta dall'ordinamento civilistico, intende conseguire un risparmio d'imposta da considerarsi indebito".

Appare evidente, alla luce delle valutazioni innanzi fatte, l'errore logico in cui cade l'Amministrazione Finanziaria, nella misura in cui reputa indebito il vantaggio fiscale ricercato da un soggetto imprenditore agricolo nell'ambito della molteplicità di strumenti messi a sua disposizione dall'ordinamento e in assenza di alcun uso distorto di forme negoziali.

Da ciò emerge che la lettura data alla fattispecie concreta in esame da parte dell'Amministrazione Finanziaria Italiana risulta porsi in netto contrasto con l'interpretazione che la Corte di Giustizia ha dato del concetto di elusione nell'ambito delle operazioni di riorganizzazione societaria.

La Corte, infatti, ha più volte fatto notare che qualora non si sia in presenza di una operazione che abbia come scopo esclusivo o prevalente la "frode o l'evasione fiscale", l'attività di riorganizzazione finalizzata al conseguimento di vantaggi "economici, finanziari e/o fiscali", in quanto perfettamente in linea con la ratio e gli obiettivi perseguiti dalla Direttiva, risulta essere meritevole di ogni e più ampia tutela.

Degne di menzione sono, inoltre, le argomentazioni elaborate dalla Cassazione nella sentenza del 15 settembre 2008, n. 23633.

In particolare, nella suddetta sentenza, i supremi giudici, nel disconoscere la rappresentazione in bilancio del disavanzo di fusione ad incremento dei valori delle immobilizzazioni immateriali, affermano che: "…non possono trarsi benefici da operazioni che, seppur realmente volute ed immuni da invalidità, risultino, da un insieme di elementi obiettivi, compiute essenzialmente allo scopo di ottenere un vantaggio fiscale. Tale principio,

che non esclude l'operatività del principio di legalità nè la liceità di comportamenti volti a minimizzare il carico fiscale, trova applicazione anche nel giudizio di Cassazione…".

Proseguendo, ancora, sebbene al di fuori delle specifiche operazioni considerate dalla Direttiva, ma sempre nell'ambito di operazioni di ristrutturazione di gruppi societari, appaiono del tutto inconsistenti le motivazioni recate dalla Cassazione nella sentenza n. 8481 del 22 gennaio 2009, ove è stata considerata come "abusiva" una operazione di sale and lease back che prevedeva la cessione di un immobile da una società all'altra del gruppo e la successiva locazione del medesimo da parte del cedente.

Dalla lettura del fatto appare evidente la sussistenza delle "valide ragioni economiche" dell'operazione, ossia, l'operazione di finanziamento (causa "tipica" del contratto "atipico" di leasing).

In particolare, nel caso di specie i giudici, "accecati" dallo scopo di evitare che la società cessionaria del bene potesse ottenere un nuovo foriero di generare nuove quote di ammortamento sul medesimo, hanno considerato l'operazione come elusiva/abusiva, dimenticando che tale maggiore valore era stato assoggettato a tassazione in capo al cedente, e dunque perfettamente e legittimamente ammortizzabile.

I casi innanzi riportati, ovviamente, hanno solo finalità esemplificativa e sicuramente non esaustiva. Moltissimi sono gli esempi nella giurisprudenza di merito e nella prassi amministrativa che potrebbero essere citati, nei quali la realizzazione di una operazione di riorganizzazione societaria è considerata elusiva/abusiva, in quanto posta in essere al solo fine di ottenere un "risparmio d'imposta", e quindi anche in assenza delle ulteriori fondamentali condizioni date: "dall'assenza di valide ragioni economiche… presunta dal fatto che l'operazione ha come obiettivo principale… la frode o l'evasione fiscale…", ex art. 11 della Direttiva, e/o dall'"indebito risparmio d'imposta" e "dall'aggiramento di obblighi e divieti posti dalla normativa tributaria", ex art. 37-bis del Dpr n. 600/73.

Ciò detto, quindi, particolare e significativo valore assume nello specifico contesto la sentenza oggetto di commento (Cass. N. 1372 del 21.1.2011). In particolare, infatti, sebbene nella stesura della stessa i giudici non seguano un percorso argomentativo perfettamente rispettoso dei principi e della ratio Direttiva, come innanzi tratteggiati, le motivazioni esposte quanto meno il merito di riconferire legittimità (e legalità) al principio del "legittimo

Innovazione e Diritto

risparmio d'imposta" da perseguire attraverso la libera scelta delle alternative opzioni riconosciute del sistema .

Val la pena ricordare, infatti, che nel caso di specie, l'Amministrazione finanziaria aveva motivato il recupero a tassazione, non in virtù del carattere artificioso dell'operazione, ma soltanto alla luce del fatto che il medesimo risultato poteva essere conseguito dalla società attraverso una diversa formula organizzativa, e precisamente una fusione, invece che attraverso il trasferimento del pacchetto azionario contro l'assunzione di rilevanti impegni economici per il finanziamento dell'operazione e conseguente riduzione del carico fiscale.

A tal riguardo la Corte, pur non mettendo chiaramente in luce l'esistenza nel caso di specie di effettive e coerenti ragioni economiche finalizzate, come prevede la Direttiva, alla "riorganizzazione e ristrutturazione" del gruppo , correttamente conclude la vicenda, affermando che: "…il sindacato dell'Amministrazione finanziaria non può spingersi ad imporre una misura di ristrutturazione diversa tra quelle giuridicamente possibili (e cioè una fusione) solo perché tale misura avrebbe comportato un maggior carico fiscale"; in particolare, "non può essere considerata abusiva la scelta di mantenere in piedi un distinto soggetto giuridico, invece di dar luogo alla creazione di un unico soggetto, in quanto, tale scelta non appare artificiosa, né come tale poteva considerarsi soltanto perché comportava un maggiore risparmio fiscale".

Conclusioni

Sulla base di quanto innanzi visto, la Giurisprudenza della Corte di Giustizia chiamata a pronunciarsi da altri paesi circa l'impatto del diritto dell'unione europea (Direttiva n. 90/434/CE) rispetto alle leggi regolanti i rapporti interni che ad essa si ispirano, ha risolto nel senso di un esigenza di conformità nell'applicazione e nell'interpretazione di queste ultime rispetto alle prime.

Di qui ne consegue che nello specifico contesto delle operazioni di riorganizzazione societaria, il legislatore e l'interprete nazionale è tenuto ad uniformarsi ai principi e alle disposizioni statuite dall'Unione Europea e alle interpretazioni che di questi ne da costantemente la Corte di giustizia.

Innovazione e Diritto

Tale valutazione assume particolare rilievo per quanto attiene l'applicabilità della clausola antielusiva/antiabuso, ove l'attività di riqualificazione di siffatte operazioni da parte dell'amministrazione finanziaria e/o del giudice nazionale, non può prescindere dal corretto apprezzamento delle effettive ragioni economiche delle stesse, come elaborate e razionalizzate dal contesto sovranazionale di riferimento.

Alla luce di tali valutazioni, cosa che non può essere assolutamente ammessa è la pratica evidenziata di allargamento delle clausole antielusive/antiabusive sino a comprendere quelle attività che sebbene dotate di ragioni economiche perfettamente in linea con la ratio della norma, tuttavia consentono all'operatore di beneficiare di un minor carico impositivo.

In particolare, un siffatto orientamento, oltre ad essere contrario ai principi generali di "libertà della scelta negoziale" e di "legittimo risparmio d'imposta", nella misura in cui crea restrizioni alle parti a godere delle disposizioni dalla Direttiva (insieme di norme tese a stimolare i processi di riorganizzazione e razionalizzazione delle società), rappresenta una evidente violazione del principio di "proporzionalità", e pertanto assolutamente incompatibile col le sovraordinate norme recato dal Trattato dell'Unione Europea.

Innovazione e Diritto