

Massima. E' stato segnalato che l'Amministrazione finanziaria sta procedendo a rilevare profili di elusività nell'ipotesi di acquisto di azioni proprie (ovviamente da parte della società per azioni), precedentemente affrancate dall'azionista. L'Amministrazione, in particolare, sta provvedendo alla riqualificazione dell'operazione come distribuzione dei dividendi oppure come recesso del socio, ai sensi dell'art. 47, comma 7, del Tuir. Situazioni, queste, per le quali risulta inoperante il vantaggio previsto dalla norma sull'affrancamento delle partecipazioni. L'azione promossa dagli uffici non risulta tuttavia condivisibile: in primo luogo, l'ufficio non tiene conto che nell'abuso del diritto non è contemplata la riqualificazione delle operazioni, in quanto i negozi giuridici sono tutti perfettamente validi ed efficaci (è il vantaggio fiscale conseguito che risulta illegittimo); ulteriormente, occorre rilevare che se l'ufficio provvede a sostituire la forma giuridica (legittima) utilizzata con un'altra vuol dire che la prima risulta finta, dissimulata. Ma questo non ha nulla a che vedere con l'abuso del diritto.

Da quanto risulta, l'Agenzia delle Entrate sta contestando ipotesi di abuso del diritto nell'acquisto di azioni proprie da parte della società (per azioni), precedentemente "affrancate" dal socio azionista. Taluni uffici, in particolare, provvedono a "riqualificare" l'acquisto di azioni proprie come distribuzione di dividendi agli azionisti oppure come recesso del socio, applicando la disciplina di cui all'art. 47, comma 7, del Tuir.

A tale riguardo, occorre brevemente svolgere una disamina dei lineamenti essenziali dell'abuso del diritto, i cui principi fondamentali sono contenuti nell'articolo 10-bis dello Statuto del contribuente. Secondo il dettato della norma, configurano abuso del diritto le operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti.

La previsione individua, quindi, tre presupposti per l'esistenza dell'abuso:

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

Occorre rappresentare ulteriormente che i successivi commi 2 e 3 del medesimo articolo 10-bis si propongono di definire meglio tali concetti, in particolare quello di "operazioni prive di sostanza economica". Tuttavia, tali ulteriori specificazioni risultano fin troppo "frammentarie", tanto da originare più di qualche margine di incertezza. Così, **il punto che risulta fondamentale di tutto il procedimento accertativo in tema di abuso del diritto è che il concetto di "operazioni prive di sostanza economica" deve necessariamente associarsi con quello del conseguimento di un "vantaggio fiscale indebito", cioè non voluto dall'ordinamento o, ancora meglio, in contrasto "con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento fiscale".**

E' quindi da rilevare che il primo aspetto che deve necessariamente considerarsi, al fine di un'indagine circa l'elusività o meno delle operazioni poste in essere (o da porre in essere), risulta quello relativo alla verifica del vantaggio conseguito da parte del contribuente. Occorre pertanto verificare se il vantaggio risulta legittimo oppure indebito. E' questo, a ben vedere, l'elemento cruciale dell'abuso del diritto: il comma 4 dell'articolo 10-bis stabilisce, infatti, il fondamentale principio secondo cui il contribuente può

legittimamente perseguire un risparmio di imposta esercitando la propria libertà di iniziativa economica e scegliendo tra gli atti, i fatti e i contratti quelli meno onerosi sotto il profilo impositivo.

Si tratta della “codificazione” del principio del legittimo risparmio d’imposta che, assieme all’altra previsione stabilita dal comma 12 dello stesso articolo 10-bis – disciplinante il principio in base al quale non si può identificare abuso per le fattispecie costituenti evasione – rappresentano, di fatto, le condizioni “in negativo” affinché si possa configurare ipotesi di abuso del diritto.

La norma disciplinante il principio del legittimo risparmio d’imposta (comma 4) stabilisce, in sostanza, che l’unico limite alla libertà di iniziativa economica da parte del contribuente è costituito dal divieto di perseguire un vantaggio fiscale indebito. **In pratica, il contribuente, al di là della sostanza economica o meno ovvero delle ragioni extra fiscali, marginali o meno, può scegliere una condotta semplicemente perché la stessa determina un vantaggio fiscale lecito.** Nella relazione illustrativa dell’art. 10-bis viene specificato che non è possibile configurare una condotta abusiva laddove il contribuente scelga, ad esempio, per dare luogo all’estinzione di una società, di procedere ad una fusione anziché alla liquidazione. Viene ulteriormente precisato che “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”. Il riconoscimento espresso dalla norma della facoltà per il contribuente di scegliere tra regimi opzionali diversi e tra operazioni comportanti un differente carico fiscale, non ha altro significato che quello di escludere in queste ipotesi la configurabilità stessa di un “abuso”.

Questi principi trovano conferma anche in diversi documenti di prassi. Tra questi si segnalano, in particolare, le risoluzioni n. 93/E/2016 e n. 97/E/2017. Nel primo documento è stato affermato, in tema di assegnazione agevolata, che se una società, di fronte a dei promissari acquirenti di un immobile di proprietà della società stessa, anziché provvedere direttamente alla alienazione, conseguendo delle rilevanti plusvalenze, lo assegna prima ai soci, fruendo della tassazione agevolata sostitutiva dell’8 per cento, e poi gli stessi soci provvedono alla cessione ai precedenti promissari acquirenti della società al valore “di carico” conseguente all’assegnazione, non si realizza ipotesi di abuso del diritto, ma di legittimo risparmio d’imposta. Questo in quanto i soggetti in questione provvedono ad utilizzare i percorsi giuridici e i conseguenti vantaggi fiscali (legittimi) previsti dall’ordinamento tributario.

Con la risoluzione n. 97/E/2017 l’Amministrazione finanziaria ha invece ritenuto legittima l’operazione di scissione proporzionale con successiva cessione delle partecipazioni della società scissa, previamente oggetto di “affrancamento”, capovolgendo così le precedenti pronunce di prassi che ritenevano invece, in mancanza di (non meglio precisate) valide ragioni economiche, elusiva detta sequenza negoziale. L’Agenzia delle entrate ha ribadito che se il sistema fiscale offre più percorsi giuridici, il contribuente può scegliere quello fiscalmente meno oneroso. In sostanza, l’azienda – o un suo “ramo” - può circolare indifferentemente sia attraverso una cessione diretta - tramite quindi cessione del complesso dei beni del compendio aziendale - sia attraverso una cessione “indiretta” – cioè tramite cessione della partecipazione della società che risulti titolare della medesima azienda; entrambe le soluzioni sono poste sullo stesso piano dal sistema ed hanno quindi “pari dignità fiscale”. In quest’ottica la scissione societaria che risulti “prodromica” alla successiva cessione in via indiretta dell’azienda – o di un suo “ramo” – attraverso il

trasferimento delle partecipazioni, consente semplicemente al contribuente di accedere ad una delle alternative che l'ordinamento gli mette a disposizione. E questo a prescindere dalla sussistenza o meno della sostanza economica sottostante alle operazioni poste in essere.

La configurabilità di un legittimo risparmio d'imposta rappresenta, in definitiva, una condizione che va a completare in negativo i presupposti richiesti per configurare l'abuso del diritto. Altrimenti detto, non c'è abuso laddove il contribuente, per realizzare un determinato risultato economico, scelga semplicemente una tra le diverse opzioni offerte dall'ordinamento per conseguirlo e, segnatamente, quella fiscalmente più conveniente.

Vi è però un'altra condizione in negativo da considerare per valutare l'elusività di un negozio giuridico, ovvero quella statuita dal comma 12 dell'articolo 10-bis, secondo la quale "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".

Questo significa che non si può realizzare abuso del diritto quando si è in presenza di fattispecie rientranti nell'evasione, ovvero di operazioni che vanno "*contra legem*". In questi casi non si può parlare di abuso del diritto perché non si tratta di aggiramento, bensì di violazione, nel senso che la norma non viene elusa quanto violata. In questo modo non può essere invocato l'abuso del diritto per contestare ipotesi di simulazione, di dissimulazione, di interposizione fittizia, come di frode nonché, più in generale, in tutti i casi in cui la realtà economico-giuridica posta in essere è diversa da quella che il contribuente ha inteso palesare.

In definitiva, si può senz'altro concludere che l'abuso del diritto può essere accertato esclusivamente per esclusione. La formula più "calzante" risulta quella che stabilisce **che l'abuso del diritto inizia dove finisce il legittimo risparmio fiscale e si realizza quando il vantaggio indebito non è da ascrivere all'evasione.**

Poste queste premesse, si è inizialmente rilevato che, in più occasioni, l'Amministrazione finanziaria ha considerato elusiva l'operazione di acquisto di azioni proprie da parte della società, in precedenza rivalutate dal socio, provvedendo a riquificarla come distribuzione di dividendi oppure come recesso del socio, ai sensi dell'art. 47, comma 7, del Tuir; fattispecie, queste, le quali non viene riconosciuto il vantaggio fiscale previsto dalla norma sull'affrancamento delle partecipazioni.

È tuttavia evidente che l'acquisto di azioni proprie, la distribuzione di dividendi e il recesso del socio sono negozi giuridici completamente differenti. Occorre anche rilevare che nell'abuso del diritto tutte le forme giuridiche utilizzate sono perfettamente valide ed efficaci (anche nei confronti dei terzi), mentre è solo il vantaggio conseguito sotto il profilo fiscale che si connota come illegittimo. Appare del tutto erranea, difatti, la convinzione che il compito di una norma antielusiva risulti quello di superare la forma giuridica utilizzata. Peraltro, la sostituzione di una forma giuridica legittima con un'altra, ritenuta fiscalmente più onerosa, e altrettante legittima, appare in contrasto con il principio del legittimo risparmio d'imposta (comma 4 dell'articolo 10-bis) secondo il quale, come si è visto, il contribuente ha la possibilità di scegliere la forma giuridica che consente – legittimamente – di beneficiare di un minore carico fiscale tra le diverse opportunità che l'ordinamento mette a disposizione.

Ma non solo: la sostituzione – da parte dell'ufficio - della forma giuridica utilizzata con un'altra porta paradossalmente a ritenere che il contribuente abbia utilizzato fenomeni finzionistici e ingannatori, i quali rientrano chiaramente nell'evasione. In sostanza, se l'ufficio ritiene, ad esempio, che il pagamento del prezzo delle azioni "celi", in realtà, una distribuzione occulta di dividendi, si sarebbe in presenza di un fenomeno di dissimulazione, che è vicenda del tutto estranea al mondo dell'elusione. Se si tratta di dissimulazione, l'ufficio ha i "mezzi" – anche attraverso presunzioni (semplici) gravi, precise e concordanti – di fare prevalere la realtà effettuale nascosta dalla costruzione finzionistica, la quale deve chiaramente essere ignorata. In questo caso, tuttavia, l'abuso del diritto non c'entra proprio nulla: nell'abuso non c'è

spazio per costruzioni di mera apparenza (a parte le operazioni “circolari”). Nell’elusione/abuso del diritto – lo si ripete ancora una volta - si è in presenza di atti e negozi giuridici veri e reali: è il (solo) vantaggio fiscale conseguito che risulta illegittimo.

Va ulteriormente rilevato che l’Amministrazione finanziaria, in taluni casi, ha considerato il successivo annullamento delle azioni proprie acquistate dal socio e precedentemente affrancate da quest’ultimo, una sorta di ulteriore conferma a supporto dell’ipotesi di abuso del diritto. Secondo l’Agenzia, infatti, l’acquisto di azioni proprie e il successivo annullamento, condurrebbe alla riduzione definitiva del patrimonio netto, “dissimulando” di fatto un’operazione di recesso da parte del socio, istituto per il quale l’ordinamento non riconosce il vantaggio fiscale derivante dall’affrancamento delle partecipazioni societarie. Occorre tuttavia evidenziare che l’annullamento delle azioni proprie non è l’atto con il quale si ha la riduzione del patrimonio della società, che in realtà avviene già nel momento in cui è stato sottoscritto l’atto di acquisto delle azioni proprie: la “restituzione” delle azioni alla società equivale alla restituzione dei conferimenti effettuati e comporta quindi una riduzione del patrimonio netto; il successivo annullamento è un’operazione che non ha alcun effetto sul patrimonio netto, non intaccando gli equilibri della compagine societaria e non facendo venire meno gli interessi dei terzi creditori. Non a caso, a seguito della riforma dei principi contabili introdotta dal decreto legislativo 139/2015, il comma 3 dell’articolo 2357-ter cod. civ. stabilisce che “l’acquisto di azioni proprie comporta una riduzione del patrimonio netto di eguale importo, tramite l’iscrizione nel passivo del bilancio di una specifica voce, con segno negativo”.

Conseguentemente, l’annullamento non mette in gioco nessun nuovo elemento a supporto dell’ipotesi di elusività della sequenza negoziale “affrancamento delle azioni e successivo acquisto da parte della società”, sequenza che risulta, pertanto, perfettamente legittima e non può essere affatto sostituita, se l’Amministrazione non prova l’eventuale dissimulazione, da altre forme giuridiche più onerose fiscalmente.