

## ABUSO DEL DIRITTO E LEVERAGED BUY OUT, a cura di Marco Abramo Lanza (Studio Biscozzi Nobili)

Il decreto legislativo 5 agosto 2015, n. 128, rubricato "Disposizioni sulla certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuente, in attuazione degli articoli 5, 6 e 8, comma 2, della legge 11 marzo 2014, n. 23", entrato in vigore in data odierna, introduce considerevoli novità sull'impianto normativo della c.d. "elusione fiscale"; elusione fiscale che è stata posta a fondamento delle contestazioni adottate dagli Uffici negli scorsi anni a carico di contribuenti che avevano proceduto ad operazioni di acquisizione con indebitamento, altresì dette di "leveraged buy out".

La disciplina positiva, nell'abrogare la norma dell'art. 37-bis del d.p.r. 600/1973, ha conferito dignità normativa al c.d. "abuso di diritto" di matrice fiscale, oggi incorporato nello Statuto dei diritti del contribuente (legge 27 luglio 2000, n. 212).

Più in dettaglio, l'abuso del diritto è oggi codificato (art. 10-bis della legge 212/2000) e sussiste in presenza di tre requisiti: "l'assenza di sostanza economica delle operazioni effettuate, la realizzazione di un vantaggio fiscale indebito e la circostanza che il vantaggio è l'effetto essenziale dell'operazione" (cfr. relazione illustrativa allo Schema di Decreto).

Per assenza di sostanza economica il presupposto è la inidoneità dell'operazione contestata di "produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali" (art. 10-bis, comma 2, lett. a), prima proposizione, cit.), mentre indizi di mancanza di sostanza economica sono la "non coerenza della qualificazione delle singole

operazioni con il fondamento giuridico nel loro insieme” e la “non conformità dell'utilizzo degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato” (art. 10-bis, comma 2, lett. a) seconda proposizione, cit.).

Per vantaggio fiscale indebito si deve invece intendere il conseguimento “di benefici anche non immediati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o i principi dell'ordinamento tributario” (art. 10-bis, comma 2, lett. b) cit.).

Per meglio intendere il senso delle tre definizioni sopra citate, e declinarle per un'analisi tributaria di un'operazione (ad esempio di *leveraged buy out*), l'interpretazione che ci pare più logica conduce a richiamare le sentenze di Cassazione che nel corso degli ultimi dieci anni hanno identificato, benché in modo “evolutiveamente diverso”, la nozione di “*abuso del diritto*” di natura fiscale.

La questione dell'assenza della sostanza economica sembrerebbe andare ricondotta al tema della marginalità degli effetti delle operazioni realizzate diversi da quelli meramente fiscali (cfr. Cass. N. 10981 del 13 maggio 2009 e Cass. N. 19738 del 29 agosto 2013)<sup>1</sup>; ed in questo senso la nuova disposizione che impone al contribuente l'onere di dimostrare l'esistenza delle ragioni extra fiscali, ed all'Amministrazione la sussistenza della condotta abusiva, non parrebbe innovare rispetto alla disciplina abrogata (cfr. comma 9 dell'art. 10-bis, cit.)<sup>2</sup>.

In entrambi i casi, tuttavia, a fronte di contestazioni limitate a questo ambito gli operatori parrebbero attrezzati per fornire una replica agevole, replica fondata sui criteri economici e negoziali che solitamente regolano una operazione di *leveraged buy out*, specialmente se realizzata con controparti terze.

Appaiono invece più opachi i riferimenti che la norma novellata rivolge alla tematica della incoerenza della qualificazione giuridica delle operazioni (che è “*indizio di mancanza di sostanza economica*”) e a quella del contrasto delle operazioni alle finalità delle norme fiscali ed ai principi dell'ordinamento (requisiti che rendono il “*vantaggio fiscale indebito*”): ci sembrerebbe cioè che entrambe le tematiche esulino da quanto può conseguire da una analisi sostanziale, risultando invece questioni di caratura esclusivamente tributaria, peraltro altamente specialistiche.

Per superare entrambe le questioni dovrà infatti ragionevolmente svilupparsi una simulazione comparativa tra le operazioni c.d. “alternative” rispetto a quella ipotizzata, misurando il relativo effetto fiscale, gli eventuali vantaggi tributari conseguiti, ed il grado di fisiologicità dello stesso vantaggio.

In questo senso, le operazioni di *leveraged buy out* - come configurate dalla prassi degli operatori - ci paiono ancora soggette ad un rischio di contestazione, e dunque nulla cambia. Se cioè sotto il profilo della sostanza economica e delle “normali logiche di mercato”, dette operazioni appaiono solitamente ineccepibili, la qualificazione abusiva potrebbe comunque essere sostenuta sulla base della sussistenza dei citati “*indizi di mancanza di sostanza economica*”.

Ciò principalmente perché le contestazioni elevate sin d'ora (sia quelle che fanno riferimento alla supposta illegittimità dell'LBO, con negazione della deducibilità degli interessi passivi su NewCo, sia quelle che reputano sussistere un “*servizio implicito*” reso da NewCo ai soci, con obbligo di riaddebito in capo a questi ultimi degli interessi passivi dedotti), appaiono il frutto di una ricostruzione dell'Amministrazione che deduce una “*incoerenza della qualificazione giuridica delle operazioni*” insita nell'operazione di LBO<sup>3</sup>.

In altri termini, ci parrebbe che la nuova norma – che contiene altre innovazioni di sicuro interesse, ad esempio, la non punibilità penale delle operazioni abusive – non sia sufficiente a modificare l'impianto

<sup>1</sup> Che rende tuttavia l'operazione abusiva solo se i vantaggi fiscali sono indebiti (cfr. Relazione allo Schema, cit.).

<sup>2</sup> Allo stesso tempo, la questione dell'utilizzo degli strumenti giuridici al di fuori di normali logiche di mercato parrebbe indirizzarsi a sanzionare i comportamenti anti-economici degli operatori, anche se la fattispecie dell'anti-economicità appare di dubbia riconducibilità al fenomeno elusivo (cfr. Nota della Agenzia delle Entrate dell'8 aprile 2008, n. 55440).

<sup>3</sup> Quanto al vantaggio fiscale indebito, esso si sostanzierebbe nel fatto che NewCo deduce degli interessi passivi che non sono inerenti alla sua attività (supposta pressoché inesistente).

interpretativo che l'Amministrazione ha adottato per sostenere i suoi rilievi in tema di LBO: e ciò in quanto la disposizione consente (ancora) all'Amministrazione di fondare le proprie contestazioni su interpretazioni tributarie della realtà economica e su queste ricostruire i risultati imponibili delle parti coinvolte.

L'unico modo con cui contrastare questo fenomeno ci pare dunque quella di formulare delle eccezioni alla ricostruzione dell'Amministrazione fondate su simulazioni di operazioni c.d. "alternative", per far emergere i vantaggi economici (inclusi fiscali) ottenuti da ciascuno dei soggetti coinvolti nelle operazioni oggetto di rilievo ed in quelle alternative.

In questo senso appare adeguata la novità contenuta al comma 3 del citato art. 10-bis della norma citata, secondo cui *"non si considerano abusive, in ogni caso, le operazioni giustificate da valide ragioni extra-fiscali, non marginali, anche di ordine organizzativo e gestionale, che rispondono a finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa (...)".*