CENTRO STUDI ODCEC MILANO

Giornate di studio

LE OPERAZIONI IMMOBILIARI
E IL LORO REGIME FISCALE

I rischi e le attività di controllo nelle operazioni immobiliari

Magg. Stefania Quarta – C.te Sezione del II Gruppo Tutela Entrate
Nucleo di Polizia Economico – Finanziaria Milano

22 giugno 2022

CENTRO STUDI ODCEC MILANO

Criticità emergenti in sede di verifiche fiscali

Profili di rischio nelle strutturazioni di operazioni cross- border

Abuso del diritto vs legittimo risparmio d'imposta in ambito immobiliare

cenni introduttivi / normativi

I fondi immobiliari rappresentano un'efficiente modalità di VEICOLAZIONE di investimenti in:

- Beni immobili;
- Diritti reali immobiliari;
- Partecipazioni in società immobiliari;
- Partecipazioni in altri fondi anche esteri

Normativa attuale di riferimento in tema tassazione:

D.L. 25 settembre 2001. n.351 (convertito con Legge 23 novembre 2001, n. 410) che regolamenta il **regime fiscale dei fondi** nonché dei loro **partecipanti**.

In ambito finanziario, i fondi immobiliari si inquadrano tra gli Organismi di investimento collettivo del risparmio

aperti

chiusi

OICR ITALIANI

1. FONDI COMUNI INVESTIMENTO

2. SICAV

3. SICAF (TRA CUI OICVM – organismi di investimento collettivo in valori mobiliari italiani e FIA . Fondi investimento alternativo)

come previsto dall'art. 12 del D.M. 5 marzo 2015, n. 30, i fondi immobiliari si qualificano come FIA italiani "chiusi".

caratteristiche:

- il loro patrimonio è investito (in beni immobili – diritti , partecipazioni) in misura non inferiore ai due terzi del valore complessivo del fondo
- la sottoscrizione delle quote o delle azioni del FIA immobiliare (o di un suo comparto) può avvenire mediante conferimento dei beni ammessi , che devono essere oggetto di apposita relazione di stima, elaborata da esperti indipendenti, atta ad assicurare la corretta valorizzazione degli asset conferiti e, conseguentemente, a garantire l'integrità patrimoniale del fondo immobiliare e gli interessi della pluralità dei partecipanti.

i fondi immobiliari possono essere classificati nelle seguenti categorie:

- fondi a raccolta o **ordinari**, per i quali una Società di Gestione del Risparmio ("SGR") raccoglie, preventivamente, il denaro dagli investitori che sottoscrivono le quote attraverso un'operazione di collocamento, che provvede a investire nel mercato immobiliare;
- fondi ad **apporto pubblico**, disciplinati dall'art. 14-bis della Legge n. 86 del 1994, come richiamato dall'art. 13 del D.M. n. 30 del 2015, che possono essere sottoscritti, entro un anno dalla loro costituzione, con apporto di beni immobili o di diritti reali immobiliari, qualora l'apporto sia costituito, per oltre il cinquantuno per cento, da beni e diritti apportati esclusivamente dallo Stato, da enti previdenziali pubblici, da regioni, da enti locali e loro consorzi, nonché da società interamente possedute, anche in forma indiretta, dagli stessi soggetti;
- fondi ad **apporto privato**, disciplinati dal D.M. n. 228 del 1999, nei quali possono essere effettuati conferimenti di beni o diritti immobiliari anche da parte di soggetti non appartenenti alla Pubblica Amministrazione, che possono essere, altresì, soci o soggetti correlati alla SGR che li gestisce.

Nei fondi ad apporto pubblico o privato, l'acquisizione degli immobili o dei connessi diritti reali può avvenire anche in sede di costituzione, mediante ***conferimento di asset****, in cambio di una quota del fondo*, che successivamente può essere immessa sul mercato da parte del detentore*

Regolamento sulla gestione collettiva del risparmio (emanato dalla Banca d'Italia il 19 gennaio 2015)

a prescindere dalla natura giuridica del fondo come OICR, il suo patrimonio non può "essere utilizzato per perseguire una strategia di tipo imprenditoriale*, sia essa commerciale o industriale ovvero una combinazione delle stesse", ragion per cui *il fondo immobiliare non si può occupare, direttamente, della gestione degli immobili posseduti*

Tale limitazione viene, superata mediante conduzione **dell'attività gestoria** direttamente da parte della SGR, ovvero di un "special purpose vehicle" (**SPV**) a cui vengono appositamente demandate le funzioni operative, oltre che la detenzione delle licenze amministrative per la gestione degli immobili.

Infine, per quanto riguarda il rimborso delle quote o delle azioni di fondi immobiliari, come detto qualificabili come FIA chiusi, si applicano le disposizioni contenute nell'art. 11 del D.M. n. 30 del 2015, laddove è previsto che, nel rispetto del regolamento o dello statuto del fondo, il medesimo avvenga alla scadenza del termine di durata del FIA ovvero anticipatamente, al ricorrere di specifiche condizioni

PERSONE FISICHE / GIURIDICHE

RESIDENTI / NON RESIDENTI

La comunione indivisa di beni (costituita all'interno del FIA immobiliare chiuso) deve essere posta, sotto la gestione di un operatore (Gestore di un Fondo d'Investimento Alternativo, di seguito "GEFIA"), attraverso il quale i partecipanti:

Effettuano investimenti mediante **apporto**

LPS VS STABILE ORGANIZZAZIONE OCCULTA DI TIPO PERSONALE / MATERIALE

GEFIA PER LA GESTIONE:

NO PRECLUSIONI ALL'AFFIDAMENTO IN GESTIONE DI UN FIA IT (oltre che a un GEFIA nazionale, tra cui rientrano le SGR, costituite sotto forma di S.p.A., con sede legale e direzione generale sul territorio dello Stato, autorizzate a prestare il servizio di gestione collettiva del risparmio, mediante la gestione di OICR e dei relativi rischi) anche a un GEFIA autorizzato ad operare in altro Stato membro dell'Ue (ai sensi della Direttiva 2011/61/UE) e operante in Italia in REGIME DI LIBERA PRESTAZIONE DI SERVIZI o mediante stabilimento di una succursale, che rimane soggetto alla vigilanza da parte del solo Stato membro di origine (in base al c.d. "home country control").

Criticità legate alla effettiva «residenza»

Persona fisica o giuridica
/
Investitore

→ Treaty shopping / abuso del diritto

Residenza GEFIA

Fenomeni di esterovestizione/
Stabile organizzazione occulta

Guardia di Finanza

La disciplina fiscale applicabile ai fondi immobiliari, contenuta nel D.L. n. 351 del 2001, è stata oggetto di plurimi interventi modificativi tra cui particolarmente significativo è risultato quello contenuto **nell'art. 32 del D.L. 31 maggio 2010, n. 78**

Guardia di Finanza

In sintesi, i fondi comuni d'investimento immobiliare non sono soggetti ad IRES ed IRAP e risultano "lordisti" in relazione ai seguenti redditi di capitale:

interessi derivanti da conti correnti bancari e postali, depositi esteri, proventi dei riporti, pronti contro termine e prestito titoli, nonché altri redditi di capitale indicati all'art. 26, comma 5, e 26-quinquies del Decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600;

proventi degli OICVM esteri, di cui all'art. 10-ter della Legge 23 marzo 1983, n. 77.

La disciplina fiscale ai fini dell'imposizione diretta e indiretta dei soggetti partecipanti nei fondi immobiliari prevede differenti trattamenti impositivi a seconda della qualificazione del Percettore.

Con riferimento alle operazioni di apporto, le norme di riferimento sono contenute all'interno degli artt.:

- **9, comma 5, del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (TUIR);**
- **67, comma 1, lett. da c) a c-quinquies) del TUIR;**
- **32 del D.L. 31 maggio 2010, n. 78, recante la riorganizzazione della disciplina fiscale dei fondi immobiliari chiusi;**
- **7, 8, comma 1-bis e 9 del D.L. n. 351 del 2001;**
- **14-bis della Legge n. 86 del 1994**

in assenza di una disciplina specifica per gli apporti a fondi immobiliari, alle operazioni di sottoscrizione di quote o azioni si applicano le disposizioni tributarie vigenti per i conferimenti in società, tenuto conto della coincidenza di profili strutturali tra conferimento e apporto e l'assenza, nella regolamentazione di riferimento, di elementi che inducano ad applicare un differente regime fiscale;

(si tenga conto che, all'interno dell'art. 9, comma 5, del TUIR, ai fini delle imposte sui redditi le disposizioni relative alle cessioni a titolo oneroso valgono anche per gli atti a titolo oneroso che importano la costituzione o il trasferimento di diritti reali di godimento e per i conferimenti in società)

Solo limitatamente ai fondi immobiliari ad apporto pubblico, l'art. 14- bis della Legge n. 86 del 1994 prevede che, in capo all'apportante (anche privato), a prescindere dall'attività svolta, l'apporto non generi redditi imponibili o perdite deducibili, giacché alle quote ricevute per effetto dell'apporto viene attribuito il medesimo valore fiscalmente riconosciuto, precedentemente attribuito ai beni apportati.

Diversamente, negli altri casi, i proventi generati in sede di apporto da persone fisiche assumono rilievo fiscale come redditi diversi, ex art. 67 TUIR, nel caso in cui i medesimi abbiano ad oggetto partecipazioni qualificate o non qualificate, ovvero terreni edificabili e immobili acquistati o costruiti da non più di cinque anni.

Ancora, gli apporti effettuati nell'esercizio di attività d'impresa generano proventi che concorrono alla formazione dei redditi, a meno che il partecipante non opti per l'applicazione dell'imposta sostitutiva di IRES ed IRAP, con aliquota del venti per cento.

Analogamente, per quanto riguarda i PROVENTI dei partecipanti ai fondi immobiliari, rileva la diversa qualificazione del percettore, oltre all'entità della partecipazione al fondo

INVESTITORI ISTITUZIONALI RESIDENTI

Agli INVESTITORI ISTITUZIONALI E AI FONDI ISTITUZIONALI dai medesimi partecipati, si applicano le disposizioni contenute nell'art. 32 del D.L. n. 78 del 2010, che prevede l'applicazione di una **RITENUTA DEL 26% A TITOLO D'ACCONTO O D'IMPOSTA** (a seconda della categoria di investitore) sui proventi:

- DISTRIBUITI
- REALIZZATI

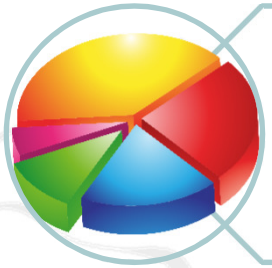
dal fondo mediante riscatto o liquidazione della quota, con rilevanza ordinaria ai fini IRES delle eventuali plusvalenze, assoggettate ad imposizione senza riconoscimento del regime di participation exemption, per difetto del requisito previsto dal comma 1, lett. d), dell'art. 87 del TUIR, consistente nell'esercizio di impresa commerciale da parte del soggetto partecipato.

eccezione:

l'art. 7, comma 2, del D.L. n. 351 del 2001 prevede, espressamente, la mancata applicazione della suddetta ritenuta sui proventi percepiti:

- dalle forme di previdenza complementare di cui al D.Lgs. 5 dicembre 2005, n. 252;
- dagli OICR istituiti in Italia e disciplinati dal TUF.

INVESTITORI NON ISTITUZIONALI



il trattamento impositivo dei relativi proventi è influenzato dall'entità della PARTECIPAZIONE

- in caso di partecipazione **superiore al 5%, la tassazione avviene per trasparenza**, per cui concorrono alla formazione della relativa base imponibile, in capo al percettore persona fisica (con assoggettamento ad IRPEF progressiva) o società, ai fini IRES;
- nel caso in cui detengano una partecipazione al fondo **non superiore al 5%** del patrimonio del medesimo, i proventi distribuiti dalla SGR sono assoggettati a imposizione alla fonte, con aliquota del 26%.

Analogamente, assumono rilievo le eventuali **plusvalenze generate in sede di alienazione di quote di fondi immobiliari**, che concorrono, integralmente, alla formazione della base imponibile IRES anche per le società residenti qualificabili come investitori "non istituzionali", a prescindere dalla quota detenuta.

Diversamente, per i soggetti IRPEF, qualificandosi come redditi diversi ex art. 67, comma 1, lett. c-ter) del TUIR, a prescindere dall'entità della partecipazione, le plusvalenze vengono ora assoggettate sempre ad imposta sostitutiva, con aliquota del ventisei per cento

La legislazione tributaria applicabile ai **partecipanti** di fondi immobiliari italiani prevede specifiche ipotesi di esenzione qualora i medesimi siano ubicati all'estero, finalizzate anche ad AGEVOLARE L'AFFLUSSO DI INVESTIMENTI in Italia.

L'art. 7, comma 3, del D.L. n. 351 del 2001 prevede la mancata applicazione della ritenuta ordinaria del 26% sui proventi percepiti da:

- **fondi pensione e OICR esteri istituiti in Stati white list;**
- **enti od organismi internazionali costituiti in base ad accordi internazionali resi esecutivi in Italia;**
- **banche centrali od organismi che gestiscono anche le riserve ufficiali dello Stato (c.d. "fondi sovrani").**

In merito, occorre specificare che, come chiarito dall'Agenzia delle Entrate all'interno della Risoluzione 18 luglio 2013, n. 54/E, l'esenzione da ritenuta prevista dalla norma spetta agli investitori istituzionali, ubicati in giurisdizioni white list, anche nel caso in cui la partecipazione totalitaria nel fondo italiano sia detenuta per il tramite di un VEICOLO SOCIETARIO, anche unitamente ad altri investitori esteri che abbiano i medesimi requisiti

Guardia di Finanza

Per quanto riguarda gli **investitori non istituzionali**, residenti in uno Stato con cui l'Italia ha in vigore una **Convenzione contro le doppie imposizioni**, a fronte dell'ordinaria imposizione con ritenuta del 26% a titolo d'imposta, da applicare al momento della corresponsione del provento, è prevista la possibilità di:

- beneficiare della minore imposizione alla fonte prevista per gli interessi dall'art. 11 del Trattato;
- ovvero l'esenzione da ritenuta, come previsto, ad esempio, dalle Convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate dall'Italia con gli Emirati Arabi Uniti, la Repubblica Ceca, l'Ungheria e le Isole Mauritius.

In taluni casi, i trattati contro le doppie imposizioni assimilano le distribuzioni relative a quote di fondi d'investimento ai dividendi per cui, ai fini della determinazione della ritenuta alla fonte, occorrerà far riferimento all'aliquota prevista dall'art. 10 della specifica Convenzione.

Guardia di Finanza

Relativamente alle plusvalenze generate in sede di DEFINITIVA ALIENAZIONE di quote in OICR italiani, inclusi i fondi immobiliari, l'ordinamento domestico ne prevede, ordinariamente, la rilevanza ai fini dell'imposizione diretta all'interno dell'art. 23, comma 1, lett. f), n. 2, da leggere in combinato disposto con l'art. 67, comma 1, lett. c-ter) e con l'art. 5 del Decreto Legislativo 21 novembre 1997, n. 461, che assoggetta tali elementi reddituali a imposta sostitutiva delle imposte sui redditi, con aliquota attualmente fissata al 26%.

La richiamata disciplina domestica si applica qualora il percettore risulti stabilito in una giurisdizione con cui l'Italia non ha in vigore una Convenzione contro le doppie imposizioni.

Occorre verificare le regole sul riparto impositivo tra le giurisdizioni che, in relazione alle plusvalenze, sono contenute all'interno dell'art. 13 del relativo trattato bilaterale, tenendo conto che, con riferimento ai componenti reddituali generati dall'alienazione di azioni, interessi e altro diritti analoghi il cui valore è prevalentemente costituito, in via diretta o indiretta, da beni immobili, **al comma 4 del medesimo art. 13, talune Convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate dall'Italia CONTENGONO UNA IMPORTANTE DEROGA ALLA REGOLA GENERALE DI IMPOSIZIONE NEL PAESE DELL'ALIENANTE,** peraltro coerente con le previsioni contenute nella versione più aggiornata del Modello OCSE e del relativo Commentario.

Tuttavia, a prescindere dalle previsioni contenute nei singoli trattati, nel nostro ordinamento è prevista una specifica clausola di esenzione da imposizione diretta su tali plusvalenze generate dall'alienazione di quote in OICR italiani, accordata dall'art. 5, comma 5, del D.Lgs. n. 461 del 1997 e applicabile in tutti i casi in cui il percettore non residente è stabilito in un Paese che assicura un adeguato scambio di informazioni, ai sensi dell'art. 6, comma 1, del D.Lgs. 1° aprile 1996, n. 239

OSTACOLARE POSSIBILI ABUSI:
(finalizzati ad accedere, indebitamente, a tali regimi di favore, previsti per i percettori di proventi di fonte domestica)
art. 73, comma 5-quater prevede una presunzione relativa di residenza nel territorio dello Stato per le società o enti il cui patrimonio sia investito in misura prevalente in quote o azioni di OICR immobiliari, che risultano, altresì, controllati, direttamente o indirettamente, per il tramite di società fiduciarie o per interposta persona, da soggetti residenti in Italia

A tal proposito, con l'ordinanza n. 19739, del 20 giugno u.s., la Cassazione è intervenuta sulla rilevanza dei **voti spettanti ai familiari** del soggetto che possiede le quote di un **fondo di investimento immobiliare** che ai fini fiscali applica la disciplina di cui **all'art. 32 del DL 78/2010** (convertito in L. 122/2010).

Secondo tali disposizioni, gli **investitori non istituzionali** che possiedono una quota superiore al 5%, al termine del periodo di imposta (o, se inferiore, al termine del periodo di gestione) è prevista la **tassazione per trasparenza** indipendentemente dalla percezione e proporzionalmente alla quota di partecipazione.

Questi redditi, infatti, sono classificati come **redditi di capitale** e disciplinati dall'art. 44 lett. g) del TUIR e su di essi non trova applicazione la ritenuta del 26% prevista dall'art. 7 del DL 25 settembre 2001 n. 351.

Ai fini dell'individuazione della quota di possesso, l'art. 32 comma 3-*bis* del DL 78/2010 prevede che si tenga altresì conto "delle partecipazioni detenute direttamente o indirettamente per il tramite di società controllate, di società fiduciarie o per **interposta persona**" e "si tiene altresì conto delle partecipazioni imputate ai familiari" indicati nell'art. 5 comma 5 del TUIR (cioè al coniuge, ai parenti entro il terzo grado ed agli affini entro il secondo grado)

.

Si osserva che la parte della disposizione che richiama il computo delle partecipazioni imputate ad alcuni familiari deve essere coordinata con quella per la quale rilevano, ai fini della verifica della percentuale di possesso, le quote detenute direttamente o indirettamente per interposta persona.

→ le partecipazioni intestate al coniuge, ai parenti entro il terzo grado e gli affini entro il secondo grado si **presumono** detenute per interposta persona: **Presunzione a cui deve essere attribuito un significato ANTI-ELUSIVO.**

Nel nostro ordinamento, infatti, il contribuente è la singola persona fisica e non il gruppo familiare. Pertanto, un eventuale aggravio di imposta sul singolo si giustifica solo se "**strumentale a finalità elusive** e, cioè, alla disaggregazione soltanto fittizia e non reale di un patrimonio unitario".

Ne consegue che, alla luce del carattere relativo e non assoluto delle presunzione legale in argomento, occorre verificare se effettivamente l'intestazione agli altri familiari sia reale o apparente.

L'interpretazione data dall'ordinanza n. 19739/2022 può essere mutuata per altre fattispecie che prevedono il computo dei voti dei familiari ai fini della determinazione di una percentuale partecipativa utile a far scattare un determinato regime fiscale.

Le medesime considerazioni dovrebbero valere altresì ai fini della norma sull'**esterovestizione** *ex* comma 5-*bis* dell'art. 73 del TUIR che prevede una presunzione legale relativa di localizzazione nel territorio dello Stato della sede dell'amministrazione di società ed enti non residenti che detengono direttamente partecipazioni di controllo in società di capitali ed enti commerciali residenti.

Il successivo comma 5-*ter* precisa che, ai fini della sussistenza del requisito del controllo, "rileva la situazione esistente alla data di chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto estero controllato". Anche in questo caso, "per le persone fisiche si tiene conto anche dei **voti spettanti ai familiari**" di cui all'art. 5, comma 5 del TUIR.

Tra l'altro i voti spettanti ai familiari sono richiamati anche dalla normativa sul **quadro RW** (provv n. 151663/2013) per l'individuazione dei titolari effettivi degli investimenti detenuti all'estero dalle persone fisiche residenti.

Guardia di Finanza

Dall'esame dell'operatività dei fondi immobiliari emegono criticità connesse alla corretta imposizione dei **proventi imputati a soggetti non residenti**, nonché delle plusvalenze dai medesimi generate in sede di cessione delle quote.

D'altronde, la norma contenuta nell'art. 73, comma 5-quater del TUIR, in materia di residenza fiscale dei soggetti esteri che investono, prevalentemente, in fondi immobiliari italiani, non rappresenta l'unico presidio anti-abuso previsto nell'ordinamento domestico ed internazionale. Difatti, anche l'accesso ai richiamati benefici convenzionali ai fini della riduzione dell'aliquota di imposizione alla fonte applicabile, tra l'altro, ai proventi distribuiti da fondi immobiliari, in favore di soggetti non residenti, al pari di quanto previsto, in ambito unionale, dalla Direttiva del Consiglio 3 giugno 2003, n. 2003/49/CE (c.d. "Direttiva interessi-canoni"), è subordinato alla **qualificazione dei percettori come beneficiari effettivi**, requisito soggettivo sul quale, proprio in relazione all'applicazione del regime previsto dal succitato provvedimento del Legislatore europeo, si è registrato un importante pronunciamento della Corte di Giustizia dell'Unione europea che, con la sentenza sui c.d. "casi danesi", emessa il 26 febbraio 2019, nell'ambito cause riunite C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C-299/16, ha chiarito che **tale qualificazione è riservata alle entità che beneficiano, effettivamente, sotto il profilo economico, di tali componenti reddituali e dispongono, pertanto, del potere di deciderne liberamente la destinazione.**

La posizione assunta dalla CGUE, che ha posto in relazione le nozioni di beneficiario effettivo e abuso del diritto, ribadendo la necessità di una verifica del requisito di beneficial ownership in capo al **percettore in chiave sostanziale**, come accennato, appare idonea a produrre un rilevante impatto anche in capo agli investitori esteri, che detengono quote in fondi immobiliari italiani e che hanno fruito di un regime di favore alla fonte sulle distribuzioni dei proventi generati da fondi immobiliari.

Guardia di Finanza

criteri atti a individuare potenziali indici di abuso quali, tra cui:

- l'interposizione di una o più entità, inserite nella catena di veicolazione dell'investimento nel fondo, con l'obiettivo di ridurre o evitare l'applicazione della ritenuta alla fonte;
- l'assenza, in capo alle entità interposte, del potere di disporre economicamente di tali proventi distribuiti, anche (ma non necessariamente) in ragione di specifici obblighi contrattuali o legali
- la circostanza che tali proventi vengano ritrasferiti, integralmente o quasi ed entro un lasso temporale molto breve, successivo al loro percepimento, dal soggetto percettore ad un'entità non titolata a fruire del trattamento fiscale di favore

D'altronde, come osservato da taluna dottrina, la particolare forma giuridica e le peculiarità dei soggetti e delle architetture societarie concretamente riscontrate nella prassi, utilizzate dagli investitori esteri per la detenzione di quote in fondi immobiliari italiani, potrebbe far emergere potenziali criticità in capo ai quotisti non residenti, soprattutto qualora i succitati parametri di verifica della beneficial ownership vengano utilizzati, in ambito nazionale, pure nei casi in cui sono stati invocati i benefici previsti da una Convenzione contro le doppie imposizioni.

Invero, adottando il medesimo approccio sostanziale suggerito dalla CGUE, analoghe criticità potrebbero emergere anche in relazione alla fruizione del vantaggioso regime di esenzione per le plusvalenze generate da soggetti non residenti, derivanti dall'alienazione di quote in OICR italiani, previsto dall'art. 5, comma 5, del D.Lgs. n. 461 del 1997.

Dall'applicazione delle disposizioni previste dall'art. 37, comma 3, del D.P.R. n. 600 del 1973, in materia di contrasto delle fenomenologie di interposizione e dall'art. 10-bis della Legge n. 212 del 2000, contenente la disciplina sull'abuso del diritto, potrebbe derivare il DISCONOSCIMENTO DEL TITOLO DI ESENZIONE DA IMPOSIZIONE DIRETTA, in capo al soggetto estero, formalmente titolare della quota nell'OICR italiano oggetto di alienazione, qualora il medesimo si qualifichi come una struttura "leggera" o "passante", ovvero risulti qualificabile come una "costruzione di puro artificio", impiegata da investitori esteri al solo fine di fruire, indebitamente, del medesimo regime fiscale agevolato.

In particolare, l'art. 10 bis dello Statuto dei diritti del contribuente (L. n. 212/2000) indica gli elementi utili a qualificare un'operazione come elusiva:

1.l'assenza di una sostanza economica: cioè l'operazione è inidonea a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali

= formale rispetto delle norme fiscali

2.la realizzazione di vantaggi fiscali indebiti, poiché in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario.

«*il divieto di abuso del diritto si traduce in un principio generale antielusivo, che preclude al contribuente il conseguimento di vantaggi fiscali ottenuti mediante l'uso distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione normativa, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio d'imposta, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione*» *(Cass. civ., 13 luglio 2018, n. 18632);*

«costituisce dunque condotta abusiva l'operazione economica che abbia quale suo elemento predominante e assorbente lo scopo di eludere il fisco […] *Il presupposto, dunque, si cui si fonda la pretesa con la quale si contesta l'abuso del diritto è il fatto che sia stato utilizzato uno strumento giuridico negoziale di per sé lecito ma, tuttavia, piegato per una finalità distorta, costituendo solo un mezzo per perseguire vantaggi fiscali non leciti*».

Come avviene la ripartizione dell'onere della prova in ordine alle fattispecie elusive: l'Amministrazione finanziaria deve dimostrare i fatti costitutivi del disegno elusivo e le modalità con cui il medesimo sia stato nella fattispecie praticato, mentre al contribuente spetta indicare l'esistenza delle ragioni extrafiscali che hanno giustificato l'operazione (sul punto si veda anche Cass. civ., 20 giugno 2018, n. 16217).

In definitiva, la fattispecie è elusiva quando vi è abuso delle norme tributarie per la realizzazione di un'operazione il cui unico fine è quello di ottenere un risparmio d'imposta.

L'interposizione fittizia consiste, diversamente, in un fenomeno **simulatorio** soggettivo che ricorre quando vi sia una divergenza tra possesso effettivo di un reddito e titolarità apparente. In altri termini, il soggetto interponente è colui che realizza effettivamente il presupposto d'imposta, mentre il soggetto interposto appare come possessore di reddito.

Il legislatore disciplina gli effetti dell'accertamento dell'interposizione fittizia all'art. 37 comma 3 del D.p.r. 600/73, prevedendo che "In sede di rettifica o di accertamento d'ufficio sono imputati al contribuente i redditi di cui appaiono titolari altri soggetti quando sia dimostrato, anche sulla base di presunzioni gravi, precise e concordanti, che egli ne è l'effettivo possessore per interposta persona".

"la figura della interposizione fittizia si pone in una prospettiva diversa: non è l'uso di uno strumento negoziale, di per sé lecito, che viene in considerazione, ma la creazione di una situazione di apparenza negoziale i cui effetti, in realtà, non sono voluti dalle parti contraenti"

Rilevanza della distinzione
La distinzione sopra delineata non è solo nozionistica.
L'interposizione fittizia appartiene al campo dell'evasione, perpetrata dal titolare effettivo del reddito, imputato fittiziamente ad un altro soggetto mentre l'elusione può consistere in ipotesi di interposizione reale.

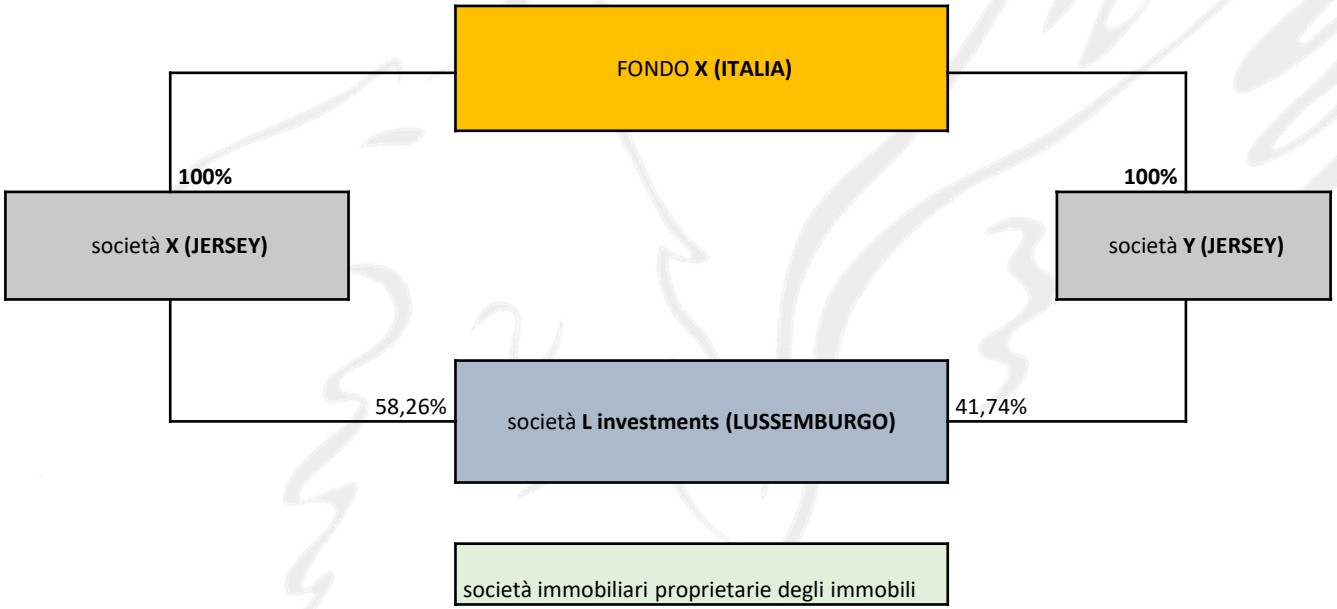
Questa si verifica quando il soggetto interposto è effettivo titolare del reddito e nei suoi confronti si realizzano gli effetti previsti dalle norme tributarie; in sostanza egli funge da schermo per il conseguimento di un vantaggio fiscale che, diversamente, non si realizzerebbe in capo all'interponente.

Nell'interposizione fittizia **non si vuole la produzione di alcun effetto nei confronti del soggetto interposto**, mentre nell'interposizione reale l'operazione è voluta e strutturata per conseguire un vantaggio fiscale. È chiara la finalità elusiva.

La riconduzione dell'interposizione fittizia al campo dell'evasione determina conseguenze di natura penale, non direttamente previste per fattispecie elusive.

Ulteriore rilievo pratico della distinzione tra i due istituti *de qua* concerne le modalità di accertamento: nell'interposizione fittizia i redditi vengono direttamente imputati, ai sensi dell'art. 37 comma 3 sopracitato, al soggetto interponente con facoltà per l'interposto di chiedere il rimborso dell'imposta versata; diversamente, le fattispecie elusive sono inopponibili all'Amministrazione, che provvede ad applicare l'imposta prevista dalla norma elusa, cioè quella prevista per la fattispecie che doveva realizzarsi.

L'accertamento dell'elusione, inoltre, deve seguire – necessariamente e a pena di nullità dell'avviso – il procedimento di cui ai commi 6 e seguenti dell'art. 10 bis, i quali prevedono particolari cautele, tra cui l'obbligo di richiesta di chiarimenti al contribuente ovvero relative alla motivazione dell'avviso di rettifica e all'onere della prova.



Guardia di Finanza

Una società Immobiliare nel Jersey (100%);

Fondo x italia deteneva tre partecipazioni (in due società di diritto estero e in un trust):

Un trust (99%);

Una Holding nel jersey (100%)

La partecipazione al 99% nel Trust" ha comportato i seguenti vantaggi:

- risparmio dell'imposta sui capital gains: in caso di alienazione di immobili la plusvalenza generata non era soggetta a tassazione.

- risparmio delle imposte sui proventi di gestione (canoni di locazione)

- risparmio del 50% della Stamp Duty pari al 4% del valore dell'immobile.

Guardia di Finanza

Le società Jersey partecipate dal fondo avevano a loro volta costituito la L Investments SA, una società Lussemburghese (partecipazione totalitaria), alla quale avevano effettuato un prestito soci. La L stessa aveva effettuato un prestito soci alla consociata svedese che aveva utilizzato il finanziamento per acquistare le società Svedesi proprietarie degli immobili.

Tale catena ha comportato i seguenti vantaggi:

- ***gli affitti percepiti dalle società Svedesi sono, grazie all'adozione del consolidato fiscale con la società Svedese acquirente, compensati dagli interessi passivi pagati da quest'ultima alla L.***
- ***i capital gain dalla Svezia al Lussemburgo non sono soggetti a tassazione (i dividendi tassati però al 15%)***
- ***Gli interessi attivi ricevuti dalla L sono stati abbattuti con gli interessi passivi pagati dalla L alla società di diritto Jersey, tranne che per 12,5bp di margine sugli interessi richiesti dalla normativa fiscale del Lussemburgo e soggetti a imposta.***

*I **dividendi** che la società Jersey ltd pagava al fondo Europa Immobiliare non erano soggetti a ritenuta e nemmeno tassati gli interessi attivi e i capital gain*

Guardia di Finanza

Si ringrazia per l'attenzione