

Agenzia delle Entrate

DIREZIONE CENTRALE NORMATIVA E CONTENZIOSO

Circolare del 27/06/2007 n. 39

Oggetto:

Operazioni di dividend washing e di dividend stripping - gestione delle liti fiscali pendenti

Testo:

1. Premessa

Con circolare n. 87/E del 27 dicembre 2002, l'Agenzia delle entrate ha impartito direttive in ordine alla gestione del contenzioso relativo alle liti concernenti il trattamento fiscale delle operazioni di dividend washing poste in essere prima del 10 novembre 1992, data di entrata in vigore dell'art. 7-bis del decreto-legge 9 settembre 1992, n. 372, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 novembre 1992, n. 429.

Tale disposizione ha introdotto il comma 6-bis nell'art. 14 (nella formulazione in vigore fino al 31 dicembre 2003) del testo unico delle imposte sui redditi (TUIR), approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, con cui e' stato escluso il credito d'imposta per i dividendi percepiti dagli acquirenti di azioni o quote di partecipazione in societa' ed enti commerciali, se cedute da fondi mobiliari o da SICAV in data successiva alla delibera di distribuzione.

In particolare, nel dividend washing si era generalmente in presenza di una vendita e una rivendita effettuate tra un fondo comune di investimento ed una societa' commerciale.

Mediante tale operazione il fondo trasformava un dividendo soggetto a ritenuta a titolo d'imposta, che era in via di pagamento su un titolo in suo possesso, in una plusvalenza da negoziazione di titoli fiscalmente irrilevante ai sensi dell'art. 9, comma 1, della legge 23 marzo 1983, n. 77, mentre la societa' incassava il dividendo, scomputava la ritenuta di acconto ed il credito di imposta ed imputava al conto economico una minusvalenza da negoziazione.

Sulla scorta del parere reso dall'Avvocatura generale dello Stato con nota prot. partenza n. 22688 del 4 marzo 2002, considerato l'orientamento all'epoca consolidato della Corte di Cassazione sulla liceita' tributaria delle operazioni in argomento (cfr. Cass. n. 3979 del 3 aprile 2000 e n. 3345 del 7 marzo 2002), con la citata circolare n. 87/E del 2002 si e' ritenuto opportuno fornire istruzioni esclusivamente in ordine alle controversie sul dividend washing per le quali l'ufficio non avesse dimostrato la fittiziet  delle operazioni poste in essere al solo scopo di eludere le norme tributarie.

Con la detta circolare veniva evidenziato che "l'opportunit  di abbandonare o meno la lite deve essere valutata caso per caso ed il contenzioso proseguito qualora sia evidente che le operazioni poste alla base dell'accertamento erano conclamatamente fittizie e non realmente volute".

Il predetto documento di prassi ha, dunque, impartito istruzioni esclusivamente per il riesame delle controversie concernenti operazioni di dividend washing, ferma restando la prosecuzione dei giudizi aventi ad oggetto le operazioni di dividend stripping.

Le operazioni di dividend stripping consistevano nella costituzione o cessione del diritto di usufrutto su azioni da parte di una societa' non residente e non avente stabile organizzazione in Italia in favore di un contribuente italiano, al solo fine di beneficiare del credito d'imposta sui dividendi percepiti per effetto del godimento delle partecipazioni ottenuto, credito di cui la societa' estera non avrebbe potuto usufruire.

2. La giurisprudenza della Corte di Cassazione

La sezione tributaria della Suprema Corte, con le recenti sentenze n.

20398 del 21 ottobre 2005, n. 20816 del 26 ottobre 2005 e n. 22932 del 14 novembre 2005, e' nuovamente intervenuta sulle operazioni di dividend washing, nonche', con le predette sentenze n. 20816 e n. 22932 del 2005, per la prima volta in materia di dividend stripping, accogliendo i ricorsi dell'Amministrazione finanziaria sulla base di motivazioni che sono in contrasto con i principi espressi nelle precedenti pronunce n. 3979 del 2000 e n. 3345 del 2002.

2.1 Le pronunce del 2000 e del 2002

Con la citata sentenza n. 3979 del 2000, la Suprema Corte ha affrontato il problema della validita' ed efficacia dell'atto negoziale di cessione delle azioni.

Ha ritenuto che all'operazione di dividend washing non sia applicabile il disposto dell'art. 37, comma terzo, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, considerato che "tale norma, stabilendo l'imputabilita' al possessore effettivo del reddito di cui appaia titolare altro soggetto in base ad interposizione di persona, inequivocamente si occupa del caso dell'interposizione fittizia in senso proprio, caratterizzata dalla divaricazione fra situazione esteriore e situazione sostanziale, rispettivamente riferibili all'interposto e all'interponente, non anche del caso dell'interposizione cosiddetta reale, quale quella accertata dalla sentenza impugnata, ove la forma e la sostanza coincidono".

Inoltre, sempre secondo la sentenza n. 3979 del 2000, non poteva neppure configurarsi la violazione della norma prevista dall'art. 1344 del codice civile, posto che il mero risparmio fiscale non e' di per se' sufficiente a configurare tale violazione, essendo necessaria allo scopo una specifica disposizione di legge.

Con la sentenza n. 3345 del 2002, la Corte di Cassazione, ribadendo quanto gia' statuito nella sentenza n. 3979 del 2000, ulteriormente argomentava sulla legittimita' dell'operazione di dividend washing, concludendo anche per l'inapplicabilita' dell'art. 6, comma 2, del TUIR (nella formulazione in vigore fino al 31 dicembre 2003), in quanto "tale norma e' inoperante quando il soggetto che sostituisce un reddito con un altro e' una societa' di capitali, poiche' la commercialita' della forma societaria comporta che tutti i ricavi ed i proventi siano indistintamente considerati quali componenti del reddito d'impresa".

2.2. Le pronunce del 2005 e del 2006

Le recenti sentenze n. 20398 e n. 22932 del 2005 - di contenuto sostanzialmente analogo e che si occupano, rispettivamente, delle operazioni di dividend washing e di dividend stripping - si discostano dalle precedenti pronunce n. 3979 del 2000 e n. 3345 del 2002.

In particolare, le predette pronunce, pur nella consapevolezza che "appare assai arduo individuare nell'art. 37, comma 3, del D.P.R. n. 600 del 1973... una clausola generale antielusiva o anti abuso", affermano che i contratti di acquisto e successiva rivendita delle partecipazioni (nel caso del dividend washing) e di cessione o costituzione di usufrutto (nel caso del dividend stripping) non sono validi per mancanza di ragioni economiche, diverse da quelle volte al risparmio fiscale.

La sentenza n. 20398 del 2005 (e analogamente la sentenza n. 22932 del 2005 in materia di usufrutto azionario) difatti evidenzia che "tale mancanza di ragione, che investe nella sua essenza lo scambio tra le prestazioni contrattuali attuato attraverso il collegamento negoziale, costituisce, a prescindere da una sua valenza come indizio di simulazione oggettiva o interposizione fittizia, un difetto di causa, il quale da' luogo, ai sensi degli artt. 1418, comma 2, e 1325, n. 2), del codice civile, a nullita' dei contratti collegati (tipici) di acquisto e rivendita di azioni, in quanto dagli stessi non consegue per le parti alcun vantaggio economico, all'infuori del risparmio fiscale".

Pertanto, "la ragione per cui i contratti di acquisto e di rivendita di azioni non possono svolgere effetti nei confronti del Fisco lasciando... quindi, applicabile il regime fiscale dei dividendi percepiti dai fondi comuni di investimento, deve essere ravvisata in una specie di invalidita' ben piu' radicale, che non comporta alcuna nuova indagine di fatto, essendo coglibile nella stessa prospettazione delle parti, e che rende superflua

qualsiasi indagine su ipotesi di simulazione oggettiva ovvero di interposizione fittizia o reale. Ne' possono prospettarsi - in difetto di espresse previsioni normative - ipotesi di frode alla legge, ne' di non meritevolezza del contratto ex art. 1322 del codice civile, trattandosi di contratti tipici. Non puo' neppure parlarsi di motivo illecito invalidante, ricorrendo tale ipotesi solo quando i motivi integrino il perseguimento di finalita' contrarie all'ordine pubblico o al buon costume o di altri scopi espressamente proibiti dalla legge".

Poi, la Cassazione si sofferma sulle modalita' dell'accertamento dell'esistenza dell'elemento causale delle operazioni in argomento, evidenziando che "deve essere effettuato sul negozio o sui negozi collegati, nel loro complesso, e non con riferimento ai singoli negozi o alle singole prestazioni. Pertanto, per verificare l'esistenza della giustificazione socio-economica del negozio occorre valutare le attribuzioni patrimoniali conseguite dai due negozi nella loro reciproca connessione. Nella specie, quindi, l'esistenza della causa dei contratti collegati deve essere ricercata nell'intera operazione e non in ciascuna attribuzione patrimoniale separatamente considerata".

La nullita' dei negozi in argomento risiederebbe, quindi, nella assoluta mancanza di una valida ragione economica che giustifichi la stipula dei contratti di dividend washing e di dividend stripping.

Le sentenze n. 20398 e n. 22932 del 2005 affrontano, altresì, anche la questione del potere di accertamento incidentale del giudice tributario su questioni devolute ad altra giurisdizione (nel caso di specie nullita' dei contratti che integrano l'operazione di dividend washing o di dividend stripping, attribuita al giudice ordinario).

La Corte di Cassazione, discostandosi dal precedente costituito dalla sentenza n. 3345 del 2002, fornisce una serie di argomentazioni che legittimano la declaratoria d'ufficio della nullita'. In particolare, viene osservato che il carattere impugnatorio del processo tributario non puo' limitare la cognizione, seppur in via incidentale, del giudice tributario su questioni devolute ad altre giurisdizioni, ne' escludere il potere del giudice di conoscere determinate questioni (come, nel caso di specie, la nullita' del negozio giuridico, ai sensi dell'art. 1421 del codice civile), anche in assenza di un'espressa domanda di parte. Nella sentenza n. 20398 del 2005, la Suprema Corte afferma, infatti, che: "Per quanto attiene, in generale, al potere del giudice, anche di legittimita', di rilevare autonomamente una causa di nullita', tale potere e' condizionato dall'esercizio di un'azione tendente a far valere una pretesa derivante dal contratto, senza che possa svolgere alcun rilievo il fatto che la controparte faccia valere una causa di nullita'. Secondo una consolidata giurisprudenza della Corte, trattandosi, non di eccezione in senso stretto, ma di mera difesa, pur essendosi instaurato un dibattito sulla causa di nullita' dedotta, il giudice puo' sempre rilevare, anche d'ufficio, ipotesi diverse di nullita'".

Come già anticipato, con le citate sentenze n. 20816 e n. 22932 del 2005, la sezione tributaria della Cassazione si e' occupata per la prima volta delle operazioni di dividend stripping.

In particolare, con la prima delle predette sentenze, la Corte - dissentendo sul punto dalla precedente pronuncia n. 11351 del 3 settembre 2001 - ha statuito che l'Amministrazione, quale terzo interessato alla regolare applicazione delle imposte, e' legittimata a dedurre (prima in sede di accertamento fiscale e, poi, in sede contenziosa) la simulazione assoluta o relativa dei contratti stipulati dal contribuente o anche, ai sensi dell'art. 1344 del codice civile, la loro nullita' per frode alla legge (tributaria).

Inoltre ha affermato che la norma antielusiva, di cui all'art. 14, comma 6-bis, del TUIR (nella formulazione vigente al 31 dicembre 2003), pur non applicandosi retroattivamente alle operazioni poste in essere prima del 10 novembre 1992 (data di entrata in vigore del predetto comma 6-bis, aggiunto dall'art. 7-bis del decreto-legge n. 372 del 1992) non implica che "in epoca anteriore l'Amministrazione dovesse passivamente subire le possibili operazioni fraudolente poste in essere dai privati. Significa soltanto che l'Amministrazione doveva fare ricorso ai comuni strumenti di accertamento, con tutte le difficoltà derivanti da simile procedura".

In conclusione, le sentenze n. 20398 e n. 22932 del 2005 non si

preoccupano di indagare se l'operazione di dividend washing o di dividend stripping posta in essere dai soggetti partecipanti integri la figura civilistica della simulazione oggettiva, della interposizione (reale o fittizia) o del negozio in frode alla legge.

In esse, infatti, la nullità dei contratti (di acquisto e rivendita nel caso del dividend washing e di costituzione o cessione di usufrutto nel caso del dividend stripping) viene dichiarata sulla base della mancanza assoluta della causa (mancanza di uno scopo economico).

Per contro, la sentenza n. 20816 del 2005, in materia di dividend stripping, affronta la questione sotto un diverso punto di vista, non affermando la radicale nullità dei negozi posti in essere per l'intento elusivo (caso per il quale non è necessario il rinvio al giudice di merito), ma ipotizzando la simulazione relativa o la frode alla legge di cui all'art. 1344 del codice civile (casi per i quali sarebbe necessaria la valutazione del giudice di merito).

Infine, con ordinanza n. 12301 del 24 maggio 2006, la sezione tributaria della Suprema Corte, in considerazione della delicatezza della questione e delle differenti tesi argomentative sopra esposte, ha investito il Primo Presidente perché valutasse l'opportunità di un rinvio alle Sezioni Unite.

In particolare l'ordinanza ha sollevato i seguenti quesiti:

1. se sia configurabile la nullità, per difetto di causa, del contratto, quando per le parti non consegue alcun vantaggio economico all'infuori del risparmio fiscale;
2. se tale nullità possa essere rilevata d'ufficio dal giudice tributario, ovvero se ciò sia precluso dalla struttura del sistema processuale tributario.

Allo stato attuale risulta che la questione è pendente innanzi le Sezioni Unite, ma che non è stata ancora fissata la data dell'udienza.

3. Istruzioni operative per la gestione delle controversie pendenti alla luce del recente orientamento giurisprudenziale

L'orientamento assunto dalla Suprema Corte con le sentenze n. 20398, n. 20816 e n. 22932 del 2005 deve, in conclusione, ritenersi in contrasto con le precedenti pronunce di legittimità n. 3979 del 2000 e n. 3345 del 2002 (entrambe in materia di dividend washing) che, come si è detto, avevano indotto la scrivente ad impartire, con la circolare n. 87/E del 2002, apposite istruzioni agli uffici locali per l'abbandono delle controversie pendenti in materia di dividend washing per le quali non era stato adeguatamente dimostrato l'intento elusivo delle parti contraenti. Nessuna istruzione di abbandono, invece, è stata impartita per i contratti di dividend stripping.

Ciò posto, si ritiene, in conformità a quanto argomentato nelle sentenze n. 20398 e n. 22932 del 2005, che le operazioni di dividend washing e di dividend stripping, siano nulle per mancanza assoluta della causa dei contratti di acquisto e rivendita di azioni (o del contratto di costituzione o cessione del diritto di usufrutto) e che il contenzioso in corso vada utilmente proseguito, sul presupposto che i contratti con i quali sono state poste in essere le operazioni in argomento sono invalidi ai sensi degli artt. 1418, secondo comma, e 1325, n. 2), del codice civile.

Tale nullità, tenendo conto pure di quanto evidenziato dall'Avvocatura generale dello Stato con nota partenza n. P6554 del 18 gennaio 2006, può anche essere rilevata d'ufficio, poiché il limite alla possibilità di rilevare d'ufficio la nullità dei contratti (di tipo diverso dalla causa di invalidità originariamente fatta valere in giudizio) opera, ai sensi dell'art. 1421 del codice civile, solo nei riguardi della parte che agisca allo scopo di ottenere la declaratoria della nullità del contratto; non opera, invece, nei riguardi della parte che, come l'Amministrazione finanziaria, si opponga alle richieste che il contribuente intende basare (non sulla nullità, ma al contrario) sulla validità del contratto stesso.

Gli uffici terranno conto di quanto esposto nella presente circolare nella gestione del contenzioso pendente in materia.

Le Direzioni Regionali vigileranno sulla corretta applicazione delle presenti istruzioni.

