

La circolare tributaria n. 47/2020

La Cassazione equipara i crediti non spettanti ai crediti inesistenti assicurando all'ente impositore termini più ampi per il recupero

di Arianna Valenza – avvocato

Premessa

Con la recente [ordinanza n. 24093/2020](#) la Cassazione ha giudicato tempestiva, pur se intervenuta successivamente alla scadenza dei termini decadenziali di cui all'[articolo 43](#), D.P.R. 600/1973, l'attività accertativa dell'Agenzia delle entrate diretta a recuperare crediti non spettanti. I supremi giudici hanno, infatti, riconosciuto, anche per tale tipologia di crediti, l'operatività dell'[articolo 27](#), comma 16, D.L. 185/2008 (c.d. "Decreto Anticrisi" convertito con la L. 2/2009) a mente del quale l'atto di recupero dei crediti inesistenti utilizzati in compensazione ai sensi dell'[articolo 17](#), D.Lgs. 241/1997 deve essere notificato, a pena di decadenza, entro il 31 dicembre dell'ottavo anno successivo a quello del relativo utilizzo.

È stata, perciò, equiparata l'attività di recupero dei crediti inesistenti con l'attività di recupero dei crediti non spettanti attraverso l'estensione dell'operatività di una norma sorta con l'intento di arginare fenomeni fraudolenti a situazioni non anche connotate dal medesimo disvalore sociale e dalla medesima insidiosità.

L'ordinanza n. 24093/2020

La vicenda attenzionata trae origine dall'impugnazione di un atto di recupero di un credito di imposta emesso dall'Agenzia delle entrate. L'ente impositore, in particolare, contestava al contribuente di non possedere i requisiti per potersi avvalere della richiesta di compensazione in ordine a vantati crediti di imposta rivelatisi non spettanti, non trovandosi il contribuente in regola con il rispetto delle norme previste a tutela della sicurezza dei lavoratori, e avendo impiegato forza lavoro non risultante disoccupata da almeno 24 mesi. Il contribuente eccepiva, tra le altre doglianze, la tardività della

notificazione dell'atto recupero in quanto intervenuta in relazione a crediti di imposta utilizzati negli anni 2003 e 2004 solo nel novembre 2010. Abbondantemente dopo, cioè, l'intervenuta decadenza dei termini di accertamento fissati dall'[articolo 43](#), D.P.R. 600/1973 (*ratione tempore* applicabile), al 31 dicembre del quarto anno successivo quello di presentazione della dichiarazione.

All'esito delle 2 pronunce di merito favorevoli al contribuente, l'Agenzia delle entrate ricorreva in cassazione imputando ai giudici del gravame di aver emesso una pronuncia in violazione dell'[articolo 27](#), commi 16 e 17, D.L. 185/2008 (convertito con modificazioni dalla L. 2/2009) dovendosi applicare per la notifica dell'atto di recupero il termine di decadenza di 8 anni in luogo dell'ordinario termine decadenziale di cui al richiamato articolo 43. La doglianza veniva accolta dai giudici di legittimità per aver i giudici di appello trascurato la previsione di cui all'articolo 27, D.L. 185/2008, che al comma 16 prevede:

“salvi i più ampi termini previsti dalla legge in caso di violazione che comporta l'obbligo di denuncia ai sensi dell'articolo 331, c.p.p. per il reato previsto dall'articolo 10-quater, D.Lgs. 74/2000, l'atto di cui all'articolo 1, comma 421, L. 311/2004, emesso a seguito del controllo degli importi a credito indicati nei modelli di pagamento unificato per la riscossione dei crediti inesistenti utilizzati in compensazione ai sensi dell'articolo 17, D.Lgs. 241/1997, deve essere notificato, a pena di decadenza, entro il 31 dicembre dell'ottavo anno successivo a quello del relativo utilizzo”¹.

Tuttavia, la ricostruzione cui perviene la Suprema Corte, diretta ad affermare che:

“l'articolo 27, comma 16, D.L. 185/2008, nel fissare il termine di 8 anni per il recupero dei crediti di imposta inesistenti indebitamente compensati, non intende elevare l'“inesistenza” del credito a categoria distinta dalla “non spettanza” dello stesso (distinzione a ben vedere priva di fondamento logico giuridico), ma mira a garantire un margine di tempo adeguato per il compimento delle verifiche riguardanti l'investimento che ha generato il credito di imposta ...”², sembra non convincere fino in fondo.

Il comma 16, articolo 27, D.L. 185/2008 e il comma 421, articolo 1, L. 311/2004

Partendo dal dato normativo, se si analizza il comma 16, articolo 27, D.L. 185/2008 è, infatti, incontestabile che lo stesso richiama l'articolo 1, [comma 421](#), L. 311/2004 che impone, per quanto di interesse che:

¹ Continuano i giudici di legittimità con l'affermare che “l'atto cui la norma fa riferimento, mediante richiamo al disposto di cui all'articolo 1, comma 421, L. 311/2004, è proprio l'atto di recupero del presente giudizio” aggiungendo altresì che il successivo comma 17 prevede che “la disposizione di cui al comma 16 si applica a decorrere dalla data di presentazione del modello di pagamento unificato nel quale sono indicati crediti inesistenti utilizzati in compensazione in anni con riferimento ai quali alla data di entrata in vigore del presente decreto siano ancora pendenti i termini di cui al comma 1, articolo 43, D.P.R. 600/1973”. Fanno conseguire da ciò la circostanza che, trattandosi di anni 2003 e 2004, alla data di entrata in vigore della norma erano ancora pendenti i termini per l'accertamento restando soddisfatto il requisito temporale richiesto dalla norma per la sua applicazione.

² Negli stessi termini anche Cassazione, ordinanza n. 19237/2017.

“per la riscossione dei crediti indebitamente utilizzati in tutto o in parte, anche in compensazione ai sensi dell’articolo 17, D.Lgs. 241/1997, e successive modificazioni, nonché per il recupero delle relative sanzioni e interessi, l’Agenzia delle entrate può emanare apposito atto di recupero motivato da notificare al contribuente con le modalità previste dall’articolo 60, D.P.R. 600/1973”.

Tale ultima disposizione, per gli atti di recupero dei crediti indebitamente utilizzati, si limita a imporre:

- che gli stessi siano adeguatamente motivati;
- che la notifica avvenga secondo le modalità imposte dall’[articolo 60](#), D.P.R. 600/1973;

mentre:

- non opera alcun distinguo tra i crediti inesistenti e i crediti non spettanti riferendosi genericamente ai crediti indebitamente utilizzati;
- non prevede nessun termine entro cui la notifica vada effettuata.

Solo successivamente alla sua emanazione, è stata introdotta la disposizione di cui al richiamato comma 16 (successiva di ben 4 anni rispetto all’emanazione del richiamato [comma 421](#)) che, come in precedenza evidenziato, nel fissare un termine per la notifica degli atti di recupero dei crediti in 8 anni, lo ha fatto con specifico riguardo ai crediti inesistenti.

In sintesi perciò mentre il comma 421, articolo 1, L. 311/2004, quando specifica in ordine alla motivazione e alla modalità di notifica degli atti di recupero dei crediti, si limita a un generico riferimento ai crediti indebiti (senza operare alcun distinguo), il comma 16, [articolo 27](#), D.L. 185/2008, quando impone un termine più ampio per l’attività di recupero, si riferisce esclusivamente ai crediti inesistenti, significando che è solo con riguardo a tale tipologia di crediti che è previsto un termine più ampio per l’attività di recupero (diversamente, se anche con tale seconda previsione normativa il Legislatore avesse genericamente inteso riferirsi alla generalità dei crediti indebiti, non si comprenderebbe la ragione dell’utilizzo della locuzione “inesistente”).

Consequirebbe da ciò che, ove i crediti non possano essere qualificati *inesistenti*, è alla disposizione generale di cui al richiamato [articolo 43](#), D.P.R. 600/1973 che ci si dovrà riferire per stabilire un termine di decadenza dell’esercizio dell’azione di recupero dell’Amministrazione finanziaria.

Ad avallo di quanto affermato è di importante ausilio la relazione illustrativa al D.L. 185/2008 che, a commento proprio del comma 16, articolo 27, D.L. 185/2008 precisa chiaramente come:

“l’intervento normativo è volto a garantire termini per il controllo più ampi di quelli ordinari - che è necessario, per le caratteristiche dei fenomeni fraudolenti riscontrati nell’esperienza operativa, far decorrere non dalla data di presentazione delle dichiarazioni relative ai periodi d’imposta in cui i crediti

“inesistenti” sarebbero sorti (o da quella in cui le dichiarazioni avrebbero dovuto essere presentate), bensì da quella di effettuazione delle illegittime compensazioni - nonché uno specifico trattamento sanzionatorio. Le previsioni in materia di termini è legata alle difficoltà operative derivanti dagli artifici posti in essere da coloro che compensano i crediti inesistenti per il pagamento delle somme dovute in danno all’Erario”.

È pertanto palese come nell’idea del Legislatore:

“la necessità di contrastare i sempre più frequenti abusi nell’utilizzo dell’istituto della compensazione di cui all’articolo 17, comma 1, D.Lgs. 241/1997, ha richiesto l’introduzione di alcune disposizioni normative finalizzate a consentire all’Amministrazione finanziaria una maggiore capacità di controllo dell’effettiva sussistenza e del corretto utilizzo dei crediti compensati” dal momento che, sempre citando la relazione illustrativa, “Dai riscontri sui dati contenuti nei modelli di pagamento unificato relativi alle compensazioni esposte e a seguito di segnalazioni di situazioni a rischio, sono stati rilevati crediti d’imposta non esposti, come obbligatoriamente previsto, nelle dichiarazioni presentate, nonché relativi a periodi di formazione per i quali le dichiarazioni risultano omesse, o nei quali l’attività economica esercitata dai contribuenti risulta essere cessata”.

Ma ciò che convince in via definitiva circa le intenzioni del Legislatore è la specifica nella quale si traccia puntualmente la personalità degli operatori che pongono in essere:

“... comportamenti connotati da aspetti fraudolenti in quanto, solo a seguito di specifici riscontri di coerenza contabile tra quanto analiticamente indicato nei modelli di versamento (relativamente ai crediti utilizzati in compensazione) e le dichiarazioni (in molti casi omesse) in cui risulterebbe essersi formata “la provvista”, emerge l’inesistenza dei crediti stessi, non essendo, nella maggior parte dei casi, riscontrabili partendo dal controllo delle dichiarazioni fiscali. Quest’ultima circostanza richiede, conseguentemente, la necessità del riscontro contabile della sussistenza degli “importi a credito” utilizzati per compensare gli “importi a debito” procedendo dall’analisi e dalla liquidazione dei dati esposti nei modelli di pagamento unificato”.

I crediti inesistenti e i crediti non spettanti

Alla luce di quanto precede può affermarsi che l’attribuzione di un periodo temporale più ampio per la notifica di atti volti al recupero dei crediti riguarda esclusivamente quei crediti la cui esposizione derivi da atti fraudolenti e perciò posti in essere in modo tale da ostacolare l’attività di controllo dell’Agenzia delle entrate. L’insidiosità di tali condotte, ha indotto a prevedere una decorrenza degli ordinari termini

per il controllo, legata, non già alla data di presentazione della dichiarazione relativa al periodo d'imposta in cui il credito inesistente è sorto (o da quella in cui la dichiarazione avrebbe dovuto essere presentata, nel caso di dichiarazione omessa), bensì dalla data di effettuazione della compensazione illegittima, nel presupposto che è da tale momento che l'illecito può dirsi configurato. Tale precauzione deve, infatti, essere letta alla luce dell'impossibilità per l'Amministrazione finanziaria di rilevare, mediante il controllo automatizzato delle dichiarazioni, l'indebita compensazione.

Per converso, quando un credito è qualificato non spettante la prospettiva è differente e l'attività di indagine dell'Amministrazione finanziaria non è ostacolata da frodolenza. Del resto a differenza del credito inesistente, la giurisprudenza di legittimità definisce come non spettante il credito che, pur certo nella sua esistenza e ammontare, sia per qualsiasi ragione normativa, ancora non utilizzabile (ovvero non più utilizzabile) in operazioni finanziarie di compensazione nei rapporti tra il contribuente e l'Erario³.

In sintesi, perciò il credito non spettante esiste, ma il suo utilizzo avviene o in misura superiore rispetto a quella spettante o in violazione delle modalità di utilizzo normativamente previste. Rispetto all'utilizzo di un credito non spettante, perciò, in linea di principio, non è posta in essere nessuna attività fraudolenta da parte del contribuente tesa a rendere più complessa l'attività accertativa attraverso raggiri o artifici essendo sufficiente che l'Amministrazione finanziaria ne verifichi o meno la spettanza attraverso modalità di indagine del tutto simili a quelle previste per gli accertamenti dall'[articolo 36-ter](#), D.P.R. 600/1973. Lo stesso [articolo 13](#), D.Lgs. 471/1997 conferma del resto anche in termini di inquadramento giuridico il maggior disvalore da ricondurre all'utilizzo dei crediti inesistenti laddove specifica che:

“si intende inesistente il credito in relazione al quale manca in tutto o in parte, il presupposto costitutivo e la cui inesistenza non sia riscontrabile mediante controlli di cui agli articoli 36-bis e 36-ter, D.P.R. 600/1973 e all'articolo 54-bis, D.P.R. 633/1972”.

A ulteriore avallo della differenziazione tra crediti *non spettanti* e crediti *inesistenti* soccorre lo stesso D.Lgs. 74/2000. Se si analizza la disposizione dell'[articolo 10-quater](#) del richiamato decreto (*“Indebita compensazione”*) è evidente come anche il Legislatore penale ha inteso differenziare, sul piano sanzionatorio, le compensazioni eseguite mediante crediti non spettanti (comma 1) da quelle realizzate attraverso l'utilizzo di crediti inesistenti (comma 2) nell'ambito delle quali il maggior disvalore della condotta è individuato proprio dalla dimensione della sanzione stabilita in maniera più severa per i

³ In tal senso e da ultimo Cassazione, sentenza n. 25922/2020.

crediti inesistenti (reclusione da 1 anno e 6 mesi fino a 6 anni) rispetto ai crediti non spettanti (reclusione da 6 mesi fino a 2 anni). Il nuovo [articolo 10-quater](#) introdotto dall'[articolo 9](#), D.Lgs. 158/2015, differenzia perciò in maniera condivisibile le pene per l'utilizzo di crediti non spettanti da quelli inesistenti, creando di fatto una nuova fattispecie di reato di indebita compensazione di crediti inesistenti (articolo 10-quater, comma 2, D.Lgs. 74/2000), differenziandola rispetto alla indebita compensazione di crediti non spettanti (articolo 10-quater, comma 1, D.Lgs. 74/2000) e inasprendo solo per la prima le pene originariamente stabilite.

Coerentemente con la operata differenziazione, secondo quanto previsto dal nuovo [articolo 13](#), D.Lgs. 74/2000:

“i reati di cui agli articoli 10-bis, 10-ter e 10-quater, comma 1, non sono punibili se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, i debiti tributari, comprese sanzioni amministrative e interessi, sono stati estinti .mediante integrale pagamento degli importi dovuti, anche a seguito delle speciali procedure conciliative e di adesione all'accertamento previste dalle norme tributarie, nonché del ravvedimento operoso”.

Pertanto, la non punibilità – alle condizioni appena richiamate – per il reato “indebita compensazione” disciplinato dal richiamato articolo 10-quater, D.Lgs. 74/2000 è prevista nella sola fattispecie meno grave dell'utilizzo in compensazione di crediti non spettanti.

Similmente, da un punto di vista meramente amministrativo, il Legislatore ha operato una importante distinzione tra le 2 tipologie di crediti prevedendo sanzioni più severe nell'ipotesi di utilizzo di crediti inesistenti rispetto a quella di utilizzo di crediti non spettanti. Ai sensi del comma 4, articolo 13, D.Lgs. 471/1997 è, infatti, prevista per i crediti non spettanti la sanzione del 30% che è la stessa sanzione applicata in via generale alle fattispecie di mancato versamento di imposte correttamente liquidate, mentre ai sensi del successivo comma 5 le sanzioni per l'utilizzo di un credito inesistente sono quantificate tra il 100 e il 200%.

Conclusioni

Alla luce di quanto precede, e tenendo ferma la qualifica di non spettanza ricondotta al credito utilizzato in compensazione nel caso analizzato dall'ordinanza in commento, ragioni di coerenza logico sistematica avrebbero imposto che anche la Suprema Corte operasse un distinguo tra crediti inesistenti e crediti non spettanti addivenendo a conclusioni maggiormente coerenti con le stesse disposizioni normative che invece tendono a ben distinguere le 2 tipologie di crediti. E ciò a meno di non voler ipotizzare di ricondurre i crediti qualificati non spettanti nella fattispecie di cui ci si occupa come crediti

effettivamente inesistenti. A ogni modo tale conclusione impone, come ha imposto. un'analisi a monte della corretta qualificazione del credito (inesistente ovvero non spettante) da rimettere alla necessaria valutazione del giudice di merito.

SCHEDA DI SINTESI

Con l'ordinanza n. 24093/2020 la Suprema Corte di Cassazione ribadisce l'equiparazione tra i crediti inesistenti e i crediti non spettanti arrivando a legittimare l'azione amministrativa diretta al recupero anche di questi ultimi entro i termini di decadenza stabiliti dal comma 16, articolo 27, D.L. 185/2008.

E ciò nonostante che:

1. il dato normativo sia inequivoco nel riferire unicamente ai crediti inesistenti;
2. l'articolo 10-*quater*, D.Lgs. 74/2000 differenzi le 2 fattispecie prevedendo sanzioni penali differenziate per la maggiore insidiosità riconosciuta all'utilizzo dei crediti inesistenti (connotati da fraudolenza);
3. l'articolo 13 del medesimo Decreto prevede la non punibilità - alle condizioni in esso richiamate - nella sola fattispecie meno grave dell'utilizzo in compensazione di crediti non spettanti;
4. il comma 4, articolo 13, D.Lgs. 471/1997 prevede per l'utilizzo di crediti non spettanti la sanzione del 30%, mentre il successivo comma 5 per l'utilizzo di un credito inesistente prevede sanzioni tra il 100 e il 200%.