



REPUBBLICA ITALIANA

In nome del Popolo Italiano

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE TRIBUTARIA

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati

Oggetto

tributi

ETTORE CIRILLO

Presidente

LUCIO NAPOLITANO

Consigliere

R.G.N. 30417/2018

ANDREINA GIUDICEPIETRO

Consigliere rel.

UP – 11/5/2023

PAOLO DI MARZIO

Consigliere

MARCELLO MARIA FRACANZANI

Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso iscritto al n.30417/2018 R.G. proposto da:

Agenzia delle entrate, in persona del direttore *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, con domicilio legale in Roma, via dei Portoghesi n. 12, presso l'Avvocatura Generale dello Stato.

- *ricorrente* -

Contro

(*omissis*) s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti (*omissis*)

;

- *controricorrente* -



Avverso la sentenza n.515/2018 della Commissione tributaria regionale della Toscana, pronunciata in data 15 febbraio 2018, depositata in data 13 marzo 2018 e non notificata.

Lette le conclusioni scritte del P.G., Fulvio Troncone, che ha concluso chiedendo il rigetto del ricorso.

Udita la relazione svolta dal Consigliere Andreina Giudicepietro.

FATTI DI CAUSA

1. L'Agenzia delle entrate ha proposto ricorso, con un unico motivo, contro (omissis) .p.a., che resiste con controricorso, avverso la sentenza n.515/2018 della Commissione tributaria regionale della Toscana, pronunciata in data 15 febbraio 2018, depositata in data 13 marzo 2018 e non notificata, che ha accolto l'appello della società contribuente nelle controversie riunite aventi ad oggetto l'impugnazione del diniego sull'interpello disapplicativo della disciplina antielusiva di cui all'art.172, comma 7, d.P.R. 22 dicembre 1986, n.917, (T.u.i.r.) e del diniego sull'istanza di rimborso delle maggiori imposte versate per l'anno 2010, a seguito del diniego di disapplicazione della normativa antielusiva.

2. La questione in esame attiene alla presunta elusività dell'operazione di (omissis) posta in essere dalla società controricorrente nel corso dell'esercizio amministrativo del 2010 e volta al controllo di una società *target* (omissis) S.p.A.), che aveva determinato, in capo alla incorporata controllante ((omissis) S.p.A.), società veicolo, delle perdite fiscali dovute agli ingenti oneri finanziari connessi al finanziamento ottenuto per effettuare le operazioni di acquisizione di partecipazioni societarie e fusione, il cui riporto era impedito dall'art.172, comma 7, T.u.i.r., di cui la (omissis) S.p.A. aveva chiesto la disapplicazione.

La società, pur avendo impugnato il diniego di disapplicazione, aveva neutralizzato, nel Modello Unico 2011, l'impatto della perdita



fiscale, esponendo una variazione in aumento dell'utile civilistico di euro 787.286,00, versando le relative imposte (euro 216.504,00 per Ires ed euro 443,00 per Irap), di cui aveva successivamente chiesto il rimborso.

Con distinti ricorsi, la società aveva impugnato sia il diniego di interpello disapplicativo, sia il diniego di rimborso; la C.t.p. di Firenze, con la sentenza n.402/2014, dichiarava inammissibile il ricorso avverso il diniego di interpello disapplicativo, ritenuto non impugnabile ai sensi dell'art.19 d.lgs. n.546/1992, mentre, con la sentenza n.521/2017, rigettava il ricorso avverso il diniego di rimborso.

3. Con la sentenza impugnata, pronunciata nei giudizi di appello riuniti, la C.t.r., richiamata la circolare n.6/E del 30.3.2016 delle Direzioni Centrali Normativa ed Accertamento (secondo cui l'indebitamento assunto dalla società veicolo si presenta, in linea di principio, funzionale all'acquisizione della società obiettivo, salvi i casi in cui si riscontravano in concreto specifici profili di artificiosità dell'operazione), riteneva che, nella specie, la prova che l'operazione posta in essere non aveva un intento elusivo, ma una valida causa economica, consistente nella ristrutturazione societaria di grandi gruppi d'impresе, si poteva rinvenire nelle conclusioni della Relazione della società di revisione e della Relazione dell'esperto incaricato dal Tribunale di Firenze che, dopo un'approfondita analisi degli elementi finanziari, avevano attestato l'assenza di elementi tali da far ritenere che le ipotesi e gli elementi utilizzati per la formulazione dei dati previsionali contenuti nel Piano economico finanziario della società risultante dalla fusione non avessero una base ragionevole.

Il giudice di appello rilevava, inoltre, che l'ufficio non aveva dimostrato l'assenza di valide ragioni economiche, ritenendo a tal fine ininfluyente che la società veicolo fosse stata costituita nel triennio ovvero costituita in un periodo immediatamente antecedente, né che



vi fosse identità tra i soggetti che avevano posto in essere l'operazione e quelli che gestivano l'attuale società, che risultavano essere diversi da quelli della società obiettivo oggetto di acquisizione.

4. Il P.G., Fulvio Troncone, ha fatto pervenire conclusioni scritte, con cui ha chiesto il rigetto del ricorso.

Le parti depositavano memorie ex art. 378 cod. proc. civ.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con l'unico motivo, l'Agenzia ricorrente denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 2697 cod. civ., 37- *bis* d.P.R. 29 settembre 1973, n.600, e 172, comma 7, d.P.R. 22 dicembre 1986, n.917, in relazione all'art. 360, primo comma, n.3, cod. proc. civ.

La ricorrente, in particolare, deduce che la C.t.r. avrebbe erroneamente attribuito l'onere probatorio all'Agenzia delle entrate, mentre spettava al contribuente dimostrare la sussistenza dei requisiti per la disapplicazione della normativa antielusiva di cui all'art.172, comma 7, T.u.i.r.

Inoltre, la ricorrente sostiene che la C.t.r. avrebbe errato nel ritenere che la prova della sussistenza di valide ragioni economiche dell'operazione di (omissis)) fosse rinvenibile nella relazione della società di revisione e della relazione dell'esperto incaricato dal Tribunale di Firenze, in quanto le stesse si limitavano a valutare la correttezza contabile dei dati del piano economico e finanziario incluso nel progetto di fusione.

Secondo l'Agenzia delle entrate, la liceità civilistica dell'operazione, ovvero il rispetto dei requisiti di cui all'art.2501 - *bis* cod. civ., non implica sotto il profilo fiscale, con particolare riferimento al riporto delle perdite, che non assuma più rilievo il requisito della vitalità economica della società veicolo e la prospettiva reddituale o economica.



L'Agenzia ritiene che, nella specie, la società non avesse dimostrato in che modo la società veicolo, che da anni non aveva posto in essere alcuna gestione caratteristica, aveva avuto un'utilità ai fini della riorganizzazione partecipativa, indicata come scopo ultimo dell'operazione.

Né sarebbe pertinente il richiamo alla circolare n.6/E del 30 marzo 2016, che prende in esame il caso in cui la società veicolo è una società neocostituita (newco), mentre, nella specie si tratta di una società non operativa ed esistente da anni.

La stessa circolare, inoltre, esclude che l'ufficio debba abbandonare le contestazioni nel caso in cui all'effettuazione dell'operazione di (omissis) abbiano concorso i medesimi soggetti che, direttamente o indirettamente, controllano la società *target*.

Sul punto, l'Agenzia ricorrente evidenzia che, nel caso di specie, i soci di una delle società acquisite compaiono come soci di minoranza nell'assetto societario definitivo.

2. Il motivo è infondato e va rigettato.

Occorre premettere che l'orientamento giurisprudenziale in materia di operazioni abusive è consolidato nel ritenere che <<il divieto di abuso del diritto si traduce in un principio generale antielusivo, il cui fondamento si rinviene nell'art. 37-bis del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, che preclude al contribuente il conseguimento di vantaggi fiscali ottenuti mediante l'uso distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un'agevolazione o un risparmio di imposta, in difetto di ragioni economiche apprezzabili, che giustificano l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quei benefici>>, con la conseguenza che <<il carattere abusivo va escluso quando sia individuabile una compresenza, non marginale, di ragioni extrafiscali, che non necessariamente si identificano in una redditività immediata, potendo



consistere in esigenze di natura organizzativa ed in un miglioramento strutturale e funzionale dell'azienda>> (Cass. n. 4604/2014; n. 25537/2011).

Questa Corte ha, quindi, avuto modo di precisare, con riferimento ai processi di ristrutturazione e riorganizzazione aziendale effettuati nell'ambito di grandi gruppi di imprese, che il divieto di comportamenti abusivi, fondati sull'assenza di valide ragioni economiche e sul conseguimento di un indebito vantaggio fiscale, <<non vale ove quelle operazioni possano spiegarsi altrimenti che con il mero conseguimento di risparmi d'imposta poiché va sempre garantita la libertà di scelta del contribuente tra diverse operazioni comportati anche un differente carico fiscale>> (Cass. n.439/2015, citata in Cass. n.868/2019, alla cui ampia motivazione si rimanda).

Inoltre, con particolare riferimento alle operazioni di fusione, si è anche detto che << in tema di elusione fiscale, sono prive di carattere elusivo e non integrano l'abuso del diritto le operazioni straordinarie sul capitale della società giustificate da valide ragioni extrafiscali, non marginali, anche d'ordine organizzativo o gestionale, che rispondono a finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa (come in caso di fusione di più società finalizzata alla riduzione del numero degli enti partecipanti all'operazione tramite la creazione di una nuova compagine societaria), volte non già a realizzare un indebito risparmio d'imposta e l'erosione della base imponibile, ma a semplificare e razionalizzare l'intera struttura gestionale e ad abbattere i costi complessivi>>(Cass. n.35398/2021).

Con specifico riguardo al *leveraged buy-out* ed al *merger leveraged buy-out*, si è rilevato che sono operazioni societarie straordinarie, finalizzata all'acquisizione di una società *target* mediante lo sfruttamento della capacità di indebitamento della società stessa; in concreto, si acquisisce un'azienda comprando la quasi



totalità delle sue azioni tramite denaro preso a prestito dalle banche ed, a garanzia della somma, si mettono i cespiti della società obiettivo.

L'art.2501-*bis* cod. civ., come modificato dal d.lgs. 6 febbraio 2004 n.37 , prevede e disciplina la "Fusione a seguito di acquisizione con indebitamento" ; pertanto, sotto il profilo fiscale, il *leveraged buy-out* ed il *merger leveraged buy-out*, non costituiscono, di per sé, abuso del diritto , ma possono diventare operazioni "abusive", ai sensi dell'art. 37- *bis* d.P.R. n.600/1973, oggi sostituito dall'art. 10-*bis* della Legge del 27 luglio 2000 n. 212, introdotto con l'articolo 1 del decreto legislativo del 5 agosto 2015 n. 128, qualora siano "prive di sostanza economica" e realizzino "essenzialmente vantaggi fiscali indebiti", pur nel rispetto formale delle norme fiscali.

Secondo la normativa citata, <<sono indici di mancanza di sostanza economica, in particolare, la non coerenza della qualificazione delle singole operazioni con il fondamento giuridico del loro insieme e la non conformità dell'utilizzo degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato>>.

Inoltre, ai sensi dei commi tre e quattro dell'art.10- *bis*, attualmente in vigore, <<3. Non si considerano abusive, in ogni caso, le operazioni giustificate da valide ragioni extrafiscali, non marginali, anche di ordine organizzativo o gestionale, che rispondono a finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa ovvero dell'attività professionale del contribuente. 4. Resta ferma la libertà di scelta del contribuente tra regimi opzionali diversi offerti dalla legge e tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale>>.

Come questa Corte ha già evidenziato, le disposizioni di cui all'art. 10- *-bis* legge n.212/2000, pur non applicandosi *ratione temporis* (art. 1 comma 5 d.lgs. 128/2015), rilevano in chiave interpretativa nel definire una linea evolutiva già indiscutibilmente



tracciata nell'ordinamento tributaria dalla giurisprudenza e dalle fonti nazionali e comunitarie (Cass., n. 30404/2018, in motivazione).

Per quanto riguarda la ripartizione dell'onere probatorio, questa Corte ha chiarito che incombe sull'amministrazione l'onere di dimostrare sia l'esistenza del disegno elusivo, sia le modalità di manipolazione e di alterazione degli schemi negoziali, considerati come irragionevoli in una normale logica di mercato e perseguiti solo per pervenire ad un determinato risultato fiscale (Cass. n. 4603/2014; Cass. n. 1465/2009). Grava, invece, sul contribuente l'onere di allegare l'esistenza di ragioni economiche alternative o concorrenti che giustificano operazioni in tal modo strutturate (Cass. n. 31772/2019, cit.; n.5090/2017; n.3938/2014; n.19234/2012; n.20029/2010).

Per quanto si è detto, l'elusività delle operazioni va esclusa nei casi in cui esse siano giustificate da valide ragioni extrafiscali, che possono essere costituite anche da modifiche di natura organizzativa che comportino un miglioramento della struttura e della funzionalità della società.

In tale senso si è espressa anche l'Agenzia delle entrate con la circolare del 30 marzo 2016, n.6/E, citata nella sentenza impugnata, che esclude il fenomeno dell'elusione delle operazioni di (omissis) salvo i casi in cui si riscontrino particolari tratti di artificiosità con specifico riferimento al mutamento del profilo partecipativo degli assetti societari.

Le conclusioni della circolare debbono interpretarsi nel senso di valutare come non rispondente a finalità economiche rilevanti, ma dirette al conseguimento di un mero vantaggio fiscale indebito, le operazioni di (omissis) che non si risolvano in un mutamento significativo del profilo partecipativo di riferimento, elemento che non si rinviene nel caso in esame, come specificamente accertato dalla C.t.r. e sostanzialmente non contestato dall'ufficio.



Nella specie, la società (omissis) .p.a. (oggi (omissis) S.p.a.) era una *holding* avente ad oggetto l'assunzione, senza finalità di collocamento, di interessenze e/o partecipazioni in altre società; in particolare, operava dal 2006 quale *holding* di un Gruppo di Società, interamente controllate, dedite alla produzione e noleggio di bagni mobili a funzione chimica, (omissis) l.

In data 12/7/2010 le Società (omissis) S.r.l. e (omissis) S.p.a. avevano rilevato le quote societarie, rispettivamente dell'80% e del 20%, della (omissis) costituita il 14/03/2007 e non operativa in quanto non aveva mai posto in essere alcuna operazione di gestione caratteristica né intrattenuto rapporti di lavoro subordinato), con l'esclusiva finalità di perseguire, tramite la stessa in veste di società c.d. veicolo, l'acquisizione dell'intera partecipazione della (omissis) p.a. quale società c.d. bersaglio o *target*.

Sempre in data 12/7/2010 l'assemblea dei soci della (omissis) (omissis) S.r.l. (società veicolo) ha deliberato l'aumento del capitale sociale e la modifica della denominazione in (omissis) il 20/7/2010 (omissis) S.p.a. ha acquistato l'intero pacchetto azionario, 100% del capitale, della (omissis) .p.a. (società bersaglio) mediante il ricorso a mezzi finanziari in parte propri e in parte derivanti da un prestito bancario a breve termine, erogato da un *pool* di istituti di credito ((omissis)

Successivamente a questa operazione, la (omissis) S.p.a., controllata al 100%, ha incorporato la controllante (omissis) S.p.a. assumendone la denominazione sociale e realizzando così la predetta operazione di fusione per "incorporazione inversa".



Dunque, la Società (omissis) .p.a., nata dalla fusione per incorporazione inversa, al momento di dichiarare il reddito per il 2010 ha trovato nell'art.172, comma 7, TUIR un limite al riporto delle perdite derivanti dal finanziamento per l'acquisizione della società bersaglio.

Tuttavia, per quanto si è detto, la società veicolo, pur in assenza delle condizioni richieste dal comma 7 dell'art.172 T.u.i.r. ai fini della riportabilità delle perdite fiscali, può comunque considerarsi «vitale» in considerazione del suo ruolo strumentale alla realizzazione dell'operazione di (omissis), con la conseguenza che a tale società non si renderebbe applicabile il *test* di operatività (a tal fine si richiama nuovamente la circolare n. 6/E del 30 marzo 2016 secondo cui la società veicolo può considerarsi "vitale", svolgendo la stessa funzioni strumentali alla realizzazione dell'operazione di (omissis) .

Per quanto riguarda, invece, gli assetti societari, come riconosciuto dalla stessa Agenzia delle entrate ed accertato dalla C.t.r., l'operazione contestata ha avuto lo scopo di configurare un nuovo assetto proprietario-gestionale della società "obiettivo", risultando diversi i soggetti che, all'esito dell'acquisizione, la gestivano.

Tale conclusione, invero, non è smentita (anzi è confermata) dal rilievo, peraltro estremamente generico, dell'Agenzia ricorrente, secondo cui i soci di una delle società acquisite compaiono come soci di minoranza nell'assetto societario definitivo.

In conclusione, come accertato dalla C.t.r., nel caso in esame i rilievi dell'Agenzia delle entrate, relativi alla deducibilità da parte della società risultante dalla fusione delle perdite collegate all'indebitamento per l'acquisizione della società *target*, non evidenziano in concreto profili di artificiosità, né evidenziano la "mancanza di sostanza economica" dell'operazione di (omissis) anzi riconoscono l'esistenza della finalità di trasferimento della partecipazione di maggioranza della società *target* ad un soggetto terzo.



Pertanto il ricorso va rigettato e la ricorrente va condannata al pagamento delle spese processuali in favore della controricorrente.

Rilevato che risulta soccombente l'Agenzia delle Entrate, ammessa alla prenotazione a debito del contributo unificato per essere amministrazione pubblica difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, non si applica l'art. 13 comma 1- quater, d.P.R. 30 maggio n. 115 (Cass. 29/01/2016, n. 1778).

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna l'Agenzia delle entrate al pagamento in favore della controricorrente delle spese del giudizio di legittimità, che liquida in euro 7000,00 per compensi, oltre il 15% per spese generali, euro 200,00 per esborsi, i.v.a. e c.p.a. come per legge.

Così deciso in Roma in data 11 maggio 2023

L'estensore

Andreina Giudicepietro

Il Presidente

Ettore Cirillo

