



REPUBBLICA ITALIANA
In nome del Popolo Italiano
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE TRIBUTARIA

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati

Oggetto

ETTORE CIRILLO	Presidente
LUCIO NAPOLITANO	Consigliere
GIAN PAOLO MACAGNO	Consigliere
ALBERTO CRIVELLI	Consigliere Rel
DANILO CHIECA	Consigliere

R.G. N. 5674/2016
PU – 20/3/2024

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso iscritto al n. 5674/2016 R.G. proposto da:

P **S.P.A.**, sedente in Roma, in persona del legale rappresentante, e CE **S.P.A.**, sedente in Roma, in persona del legale rappresentante, rappresentate e difese dagli avv. Gabriele Escalar e Maria Assunta Coluccia, elettivamente domiciliata in Roma presso il primo, viale Mazzini, 11, il tutto come da procura in margine al ricorso;

– ricorrente –

contro

AGENZIA DELLE ENTRATE, in persona del Direttore *pro tempore*, rappresentata e difesa *ex lege* dall'Avvocatura generale dello Stato, e presso la stessa domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12

– controricorrente –

Avverso la sentenza della COMM.TRIB.REG. del Lazio, n. 4610/15, depositata il 31 agosto 2015.

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 20 marzo 2024 dal consigliere Alberto Crivelli.

Dato atto che il Sostituto Procuratore Generale ha chiesto l'accoglimento del sesto motivo di ricorso ricorso.

Il difensore del contribuente ha chiesto l'accoglimento del ricorso.

Firmato Da: CRIVELLI ALBERTO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 6450e50e826d1e39d812bb2f09bb93f1 - Firmato Da: MARANCI ELISABETTA Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 18ebcc8e700e70c14f81164a23532
Firmato Da: ETTORRE CIRILLO Emesso Da: ARUBAPEC EU QUALIFIED CERTIFICATES CA G1 Serial#: 12a26b6b94a98bcafeba17652b82bca6



L'Avvocatura generale ha chiesto a sua volta il rigetto del ricorso

FATTI DI CAUSA

1. L'Agenzia delle Entrate in seguito a una verifica fiscale condotta dalla guardia di finanza, aveva rettificato la dichiarazione relativa al periodo d'imposta 2006. In particolare, veniva contestata a P s.p.a. un'operazione straordinaria consistente nell'incorporazione della E s.p.a., avvenuta il 13 dicembre 2006 con effetto 1° gennaio di quello stesso anno, che seguiva alla precedente scissione del 2002 con cui la stessa era stata creata, allo scopo (allora) di separare l'attività di raccolta della pubblicità (svolta da P) da quella di possesso e gestione di testate giornalistiche del Sud Italia (trasferito appunto alla nuova società E). Secondo l'Agenzia l'incorporazione – avvenuta nell'ambito dello stesso consolidato fiscale facente capo a C s.p.a., di cui erano parte sia P che E , per il triennio 2005/2007 - era priva di ragioni economiche che non fossero quelle del risparmio d'imposta derivante dal fatto che la E s.p.a. aveva accumulato notevoli perdite, non scontabili dalla P , invece in forte attivo, neppure a seguito dell'adesione dell'incorporata al consolidato fiscale, che infatti non poteva avere effetto se non per il futuro. La CTP respingeva il ricorso, ritenendo che in base a una serie di elementi andava esclusa la riconducibilità dell'operazione straordinaria suddetta ad una autentica e coerente logica economica. La CTR, esclusa la nullità degli atti per violazione del termine di cui all'art. 12, comma 5, l. n. 212/2000, nel merito riteneva l'elusività dell'operazione di fusione per aggiramento degli obblighi fiscali, con speciale riferimento all'art. 118, comma 2, TUIR, che limita gli effetti cronologici della tassazione di gruppo. La contribuente propone così ricorso in cassazione, affidato a nove motivi. L'Agenzia resiste con controricorso.

Successivamente al ricorrente ha depositato memoria illustrativa.

RAGIONI DELLA DECISIONE



1. Con il primo motivo la contribuente denuncia violazione dell'art. 12, l. n. 212/2000, 14 Cost., 117 Cost. e 8, par. 1, CEDU, in quanto il protrarsi del controllo presso la sede sociale oltre il termine previsto dalla prima norma, viola il domicilio anche sulla base dei principi affermati dalla CEDU, né potendosi applicare nel computo del termine la disciplina recata dall'art. 7, d.l. n. 70/2011, in base al quale lo stesso andrebbe effettuato sulla base solo delle giornate di presenza effettiva dei controllori presso la sede.

1.1. Il motivo è infondato

In proposito va rilevato che non solo questa Corte ha rilevato come l'art. 12, comma 5, l. n. 212/2000 si riferisce ai soli giorni di effettiva attività lavorativa svolta dagli operatori del fisco presso la sede del contribuente, escludendo, quindi, dal computo quei giorni impiegati per verifiche ed attività eseguite in altri luoghi (Cass. 21/05/2014, n. 11183), e ciò sulla base del riferimento specifico della disposizione richiamata alla nozione di "permanenza" dei controllori presso la sede, ma in ogni caso la stessa ha sempre escluso che il protrarsi della permanenza oltre i trenta giorni determini la sopravvenuta carenza, sia in concreto che in astratto, del potere accertativo, non essendo alcuna sanzione specifica di inutilizzabilità delle prove o d'invalidità dell'atto ricollegata dalla norma a tale situazione (ex plurimis Cass. 01/03/2022, n. 6779). Né può ritenersi la riconducibilità del protrarsi della permanenza suddetta alla violazione di norme di ordine costituzionale o internazionale (in particolare CEDU), in quanto di fronte alle esigenze di accertamento fiscale, rispondenti ad altri principi espressi dalla Carta fondamentale (artt. 2 e 53 Cost.), il diritto all'inviolabilità del domicilio soggiace al potere della pubblica amministrazione, regolato dalla legge proprio ai sensi dell'art. 14, secondo comma, Cost., legge che appunto non ricollega una sanzione al protrarsi del legittimo controllo stesso.



2. Col secondo motivo si denuncia violazione dell'art. 37-bis, d.p.r. n. 600/1973, in quanto pur avendo accertato l'assenza di danno economico per l'erario, la CTR non ha accolto il ricorso e ha qualificato l'operazione come elusiva, benché il suddetto art. 37 bis, d.p.r. n. 600/1973 consenta di qualificare come elusive solo quelle operazioni che garantiscono una riduzione d'imposta.

2.1. Il motivo è infondato, perché nella parte della motivazione dedicata alle sanzioni, la CTR ha certamente dato atto del fatto che "le violazioni (che) vanno sanzionate comunque anche se non si fossero, come nel caso di specie, risolte in un danno economico per l'erario", ma tale affermazione va ricollegata a quella precedente, in cui lo stesso giudice d'appello censurava il comportamento della P per aver posto in essere operazioni elusive, avendo così "tentato di conseguire un ingiusto risparmio di imposte".

In altri termini appare evidente che il mancato verificarsi del danno, cui allude la CTR, a ragione o a torto, è da ricollegarsi al fatto che proprio grazie al controllo il tentativo venne sventato.

Mentre la stessa sentenza, nel suo complesso, accerta invece il risparmio fiscale conseguito dalla società P, consistente nello scomputo dal proprio risultato delle perdite "ante-consolidato" maturate da E, che altrimenti non sarebbero state scomputabili, appunto in virtù del disposto dell'art. 118, TUIR, riportando nella parte "in fatto" che tale risparmio ascese al mancato versamento di IRES per euro 1.916.117,00.

3. Col terzo motivo si deduce omesso esame di un fatto decisivo, consistente ancora una volta nella mancata considerazione dell'assenza di danno economico all'erario.

3.1. Il motivo è inammissibile, in quanto si è chiaramente in presenza di doppia conforme ai sensi dell'art. 348-ter, quinto comma, cod. proc. civ., nel testo pro tempore applicabile.

Invero come emerge dalle premesse contenute nella stessa sentenza d'appello, nel merito la pronuncia di secondo grado ha



confermato la *ratio* della prima pronuncia, anch'essa escludente "la concreta riconducibilità dell'operazione di fusione a una autentica e coerente logica economica".

4. Occorre a questo punto, in ossequio al principio dell'esame prioritario della ragione più liquida, procedere a scrutinare il sesto motivo di ricorso.

4.1. Col sesto motivo si deduce nullità della sentenza per motivazione parvente.

Dopo le premesse in diritto, la CTR ha infatti rilevato come la società E era titolare di perdite pregresse ed avesse aderito al consolidato nel periodo 2005/2007, per cui (solo) attraverso l'operazione di fusione ha consentito di neutralizzare le componenti positive prodotte in seno al gruppo. La CTR osserva poi che la fusione avviene "pur essendo una società fiscalmente in perdita".

Essa in particolare ha dunque reso ragione solo dell'operazione che ha rilevato (quindi la fusione in presenza di adesione al consolidato) ma non del percorso che le ha consentito di affermare che l'operazione straordinaria stessa era "finalizzata non già al raggiungimento dei economie di scala e a un miglior utilizzo di fattori produttivi, per aumentare la produttività, ma per fruire di un rilevante vantaggio fiscale".

Orbene se l'art. 172, comma 7, TUIR, sancisce la portabilità delle perdite fiscali dell'incorporata all'incorporante, nei termini e limiti ivi previsti e se la stessa prassi ammette anche in caso di consolidato, di portare in detrazione le perdite della società incorporata pur maturate ante-consolidato, ciò è possibile a condizione che la fusione stessa risponda a effettive ragioni economiche, cioè a un effettivo interesse diverso dalla mera finalità di lucrare un risparmio fiscale.

In particolare, può ammettersi che l'operazione straordinaria abbia una finalità anche solo organizzativa e gestionale, ma in assenza di ciò (anche di ciò) l'operazione risulta priva di significato.



Sul punto della verifica dell'elusività delle operazioni straordinarie
va ricordato infatti 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, n. 13914/23).

Nel medesimo senso sono anche le circolari citate, e del resto anche quella di Assonime del 31 maggio 2007, n. 31, ricorda che siffatte operazioni (di fusione di società in consolidato, con conseguente scomputo delle perdite ante-consolidato) in tanto si giustificano in quanto si verifichi la sussistenza di "determinati presupposti di vitalità e di patrimonializzazione dell'impresa titolare delle perdite medesime".

In definitiva l'abusività passa attraverso la lettura dell'iniziativa come svolta nell'intento di perseguire una pianificazione fiscale aggressiva, rispetto alla quale la Commissione europea ha diramato agli Stati membri la Raccomandazione 2012/772/UE secondo cui «una costruzione di puro artificio o una serie artificiosa di costruzioni che sia stata posta in essere essenzialmente allo scopo di eludere l'imposizione e che comporti un vantaggio fiscale deve essere ignorata. Le autorità nazionali devono trattare tali costruzioni a fini fiscali facendo riferimento alla loro "sostanza economica"» (§ 4.2); ha, in particolare, precisato che «ai fini del punto 4.2, la finalità di una costruzione o di una serie di costruzioni



artificiose consiste nell'eludere l'imposizione quando, a prescindere da eventuali intenzioni personali del contribuente, contrasta con l'obiettivo, lo spirito e la finalità delle disposizioni fiscali che sarebbero altrimenti applicabili» (§ 4.5) e che «Ai fini del punto 4.2, una data finalità deve essere considerata fondamentale se qualsiasi altra finalità che è o potrebbe essere attribuita alla costruzione o alla serie di costruzioni sembri per lo più irrilevante alla luce di tutte le circostanze del caso» (§ 4.6) (Cass., sez. 5, n. 438 del 14/1/2015; Cass., sez. 5, n. 439 del 14/1/2015, in motivazione).

Ancora più precisamente l'assenza di ragioni economiche si traduce nell'incoerenza della qualificazione delle singole operazioni con il fondamento giuridico del loro insieme e nella non conformità degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato, mentre per vantaggi fiscali indebiti si considerano i benefici realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario. Precisa la raccomandazione già ricordata che "una costruzione o una serie di costruzioni è artificiosa se manca di sostanza commerciale" (4.4), o più esattamente di "sostanza economica" (4.2), e "consiste nell'eludere l'imposizione quando, a prescindere da eventuali intenzioni personali, contrasta con l'obiettivo, lo spirito e la finalità delle disposizioni fiscali". Peraltro, la stessa raccomandazione UE (4.4 lett. d), precisa che "Per determinare se la costruzione o la serie di costruzioni è artificiosa, le autorità nazionali sono invitate a valutare ... se ... le operazioni concluse sono di natura circolare" (pertanto è evidente che persino nel nuovo assetto normativo restano abusive le costruzioni artificiose e circolari - conf. CGUE, 10/11/2011, in causa C-126/10, punto 34).

Orbene, tali ragioni – la loro contestazione o la loro assenza – dovevano essere indicate, perché diversamente non è possibile ricostruire l'iter logico che ha portato il giudice a ritenere la relativa



insussistenza e dunque a giungere al giudizio di elusività dell'operazione medesima.

Ciò particolarmente a fronte di una serie di specifiche giustificazioni rese dalla contribuente, che infatti ha allegato come la E fosse tutt'altro che priva di patrimonio (avrebbe avuto un patrimonio netto positivo per € 71.087.673,00) e avesse una consistente liquidità (€ 15.410.598), oltre ad una partecipazione nel quotidiano X (pari al 5,8%), il che avrebbe permesso, sempre nella prospettiva della ricorrente, l'espansione della propria attività, l'acquisizione di nuovi spazi di mercato, il notevole aumento del patrimonio netto (passato in effetti da €10.829.580 a €110.486.871).

In altri termini, la natura elusiva non viene supportata da alcun accertamento sul suo oggetto, sul suo patrimonio, sull'organizzazione in relazione alle concrete possibilità che l'operazione fosse comunque in grado di apportare all'incorporante vantaggi apprezzabili sul piano produttivo ed organizzativo.

Né può ritenersi che la motivazione consista nel ricollegamento delle conclusioni circa la natura elusiva ad una "presunzione" che sembrerebbe la CTR ricavare dall'operazione straordinaria, poiché non è dato anche per tal verso comprendere l'evanescente collegamento tra l'operazione in sé con il "dubbio di veridicità" delle finalità allegate dalla difesa delle contribuenti, se non alla luce degli elementi che si sono indicati e che non risultano minimamente considerati nell'ordito motivazionale, che ancora una volta risulta apparente.

Non va poi trascurato che

Il carattere abusivo, sotto il profilo fiscale, di una determinata operazione, nel fondarsi normativamente sul difetto di valide ragioni economiche e sul conseguimento di un indebito vantaggio fiscale (Cass. Sez. U, n. 30055 del 2008 e 30057 del 23/12/2008; Corte Giust. UE, nei casi 3M Italia, Halifax, Part Service),



presuppone quanto meno l'esistenza di un adeguato strumento giuridico che, pur se alternativo a quello scelto dai contraenti, sia comunque funzionale al raggiungimento dell'obiettivo economico perseguito (Cass. n. 21390/12) e si deve indagare se vi sia reale fungibilità con le soluzioni eventualmente prospettate dal fisco (Cass. n. 4604 del 2014)» (Cass. n. 5155 del 16/3/2016, in motivazione)".

Nella specie il fisco aveva senz'altro indicato tale alternativa, costituita dalla fusione nel γ s.p.a. – controllante della E - che in tale prospettiva avrebbe sortito effetto analogo a quello dell'incorporazione nella P , e ciò per effetto del disposto limitativo di cui proprio all'art. 172, comma 7, terzo periodo, TUIR.

5. In definitiva il motivo dev'essere accolto, con assorbimento degli altri, e cassazione della sentenza impugnata con rinvio alla Corte di giustizia tributaria di secondo grado che si atterra al seguente principio di diritto, provvedendo altresì alla liquidazione delle spese di lite del giudizio di legittimità

"Nel verificare la natura elusiva dell'operazione straordinaria consistente nella fusione per incorporazione di una società in perdita in altra società appartenente al medesimo consolidato fiscale, il giudice del merito dovrà verificare la sussistenza di un'effettiva ragione economica dell'operazione, che può anche consistere in finalità organizzative e gestionali, anche alla luce degli elementi indicati specificamente dal contribuente; in ciò fare esaminerà l'esistenza di un adeguato strumento giuridico che, pur se alternativo a quello scelto, sia comunque funzionale al raggiungimento dell'obiettivo economico perseguito, indagando in particolare se vi sia reale fungibilità con le soluzioni prospettate dal fisco.

P.Q.M.



La Corte accoglie il sesto motivo e, respinti i primi tre e assorbiti gli altri, cassa la sentenza impugnata rinviando alla Corte di giustizia tributaria di secondo grado del Lazio che, in diversa composizione, si adeguerà al principio di diritto espresso e provvederà altresì alla liquidazione delle spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, il 20 marzo 2024

Il Giudice estensore
(Alberto Crivelli)

Il Presidente
(Ettore Cirillo)

