

Sentenza del 19/05/2023 n. 13914 - Corte di Cassazione - Sezione/Collegio 5

Testo

Testo:

1. L'Agenzia delle entrate ha proposto ricorso, con un unico motivo, contro Y. Spa , 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 al D.P.R. n. 22 dicembre 1986, n. 917, (T.u.i.r.), art. 172, comma 7, 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 merger leveraged byout (MLBO), posta in essere dalla società controricorrente nel corso dell'esercizio amministrativo del 2010 e volta al controllo di una società target ((---) Spa), che aveva determinato, in capo alla incorporata controllante (Y Spa), 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 Y. Spa 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 del D.Lgs. n. 546 del 1992, art. 19, 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'impresa, 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 influente che la società veicolo fosse stata costituita nel triennio ovvero costituita in un periodo immediatamente antecedente, nè 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 c.p.c..

Motivi della decisione

1. Con l'unico motivo, l'Agenzia ricorrente denuncia la violazione e falsa applicazione del D.P.R. n. 29 settembre 1973, n. 600, artt. 2697 c.c., D.P.R. n. 22 dicembre 1986, n. 917, 37- bis, e 172, comma 7, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3.

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 merger leveraged buyout (MLBO) 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 c.c., 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.

Nè 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 (---) 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 nel D.P.R. n. 29 settembre 1973, n. 600, art. 37-bis, 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 giustifichino 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 poichè 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 c.c., come modificato dal D.Lgs. n. 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 del D.P.R. n. 600 del 1973, art. 37- bis, oggi sostituito dalla Legge del 27 luglio 2000 n. 212, art. 10-bis, introdotto con il decreto legislativo del 5 agosto 2015 n. 128, art. 1, 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 alla L. n. 212 del 2000, art. 10- -bis, pur non applicandosi *ratione temporis* (D.Lgs. n. 128 del 2015, art. 1 comma 5), 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 giustifichino 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 LBO e MBLO, 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 LBO-MLBO 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 (---) Spa (oggi Y. Spa) 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, Armai Srl e Sebach Srl In data 12/7/2010 le Società Porta Romana 1 Srl e Findeco Spa avevano rilevato le quote societarie, rispettivamente dell'80% e del 20%, della Società Investimenti Mobiliari Due S.r.l (costituita il 14/03/2007 e non operativa in quanto non aveva mai posto in essere alcuna operazione di gestione caratteristica nè 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 (---) Spa quale società c.d. bersaglio o target.

Sempre in data 12/7/2010 l'assemblea dei soci della Investimenti Mobiliari Due Srl (società veicolo) ha deliberato l'aumento del capitale sociale e la modifica della denominazione in Y.; il 20/7/2010 Y. Spa ha acquistato l'intero pacchetto azionario, 100% del capitale, della (---) Spa (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 (MPS Capitali Service Banca per le Imprese S.p.a, Cariprato-Cassa di Ri Spa rmio di Prato S.p.a e Banca Popolare dell'Etruria e dei Lazio soc.c.oop).

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

Dunque, la Società Y. Spa , 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 MLBO, 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 MLBO).

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, nè evidenziano la "mancanza di sostanza economica" dell'operazione di MBLO, 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 il art. 13 comma 1- quater, (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.

Conclusione

Così deciso in Roma, il 11 maggio 2023.

Depositato in Cancelleria il 19 maggio 2023

Documenti citati



Documenti collegati

- Normativa
- Prassi
- Giurisprudenza