

Civile Sent. Sez. 5 Num. 1035 Anno 2023

Presidente: VIRGILIO BIAGIO

Relatore: FEDERICI FRANCESCO

Data pubblicazione: 16/01/2023

11/1/2022

**SENTENZA**

Sul ricorso n. 33365-2018, proposto da:

**CONTER s.r.l.**, c.f. 02921610156, in persona del suo legale rappresentante p.t., elettivamente domiciliata in Roma, P.zza Mincio n. 2, presso lo studio degli avv. Salvatore Taverna e Anna Stefanini, dai quali è rappresentata e difesa -

Ricorrente

**CONTRO**

**AGENZIA DELLE ENTRATE**, cf 06363391001, in persona del Direttore p.t., elettivamente domiciliata in Roma, via dei Portoghesi n. 12, presso l'Avvocatura Generale dello Stato, che la rappresenta e difende *ope legis*-

Controricorrente

Avverso la sentenza n. 1590/13/2018 della Commissione tributaria regionale della Lombardia, depositata il 10.04.2018;

udita la relazione della causa svolta dal Consigliere dott. Francesco Federici nell'udienza pubblica del 27 settembre 2022;

sentite le conclusioni della Procura Generale, nella persona del Sostituto Procuratore Generale dott. Mauro Vitiello, che ha chiesto l'accoglimento del terzo motivo di ricorso;

sentite le conclusioni rese dalle parti, che hanno insistito nelle rispettive difese;

### **FATTI DI CAUSA**

L'Agenzia delle entrate notificò alla Conter s.r.l. l'avviso d'accertamento con cui rideterminò l'imponibile della società relativo all'anno 2010, richiedendo maggiori tributi a titolo di Ires, pari ad € 1.014.213,00, ed irrogando sanzioni.

L'atto impositivo, emesso all'esito di una verifica, trovava origine nell'operazione di fusione con la quale la Conter s.r.l. aveva incorporato la società September 2007. Poiché quest'ultima aveva maturato perdite fiscali negli anni 2007, 2008 e 2009, pari ad € 3.688.047,00, l'incorporante aveva compensato le suddette perdite ai sensi dell'art. 172, comma 7, del d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917. L'Amministrazione finanziaria contestò alla società la compensazione, ritenendo che nella fattispecie mancassero i presupposti ed i requisiti prescritti dalla disciplina. Per l'effetto l'ufficio recuperò ad imponibile, ai fini della dichiarazione dei redditi relativi al 2010, l'importo di € 3.688.047,00.

Nello specifico con l'atto impositivo si sostenne che mancavano i requisiti di "vitalità" della società incorporata, non riscontrandosi un ammontare di ricavi e proventi dell'attività caratteristica e un ammontare delle spese per prestazioni di lavoro dipendente e relativi contributi superiore al 40% rispetto alla media dei due periodi di imposta immediatamente precedenti; inoltre le perdite conseguite dalle società partecipanti alla fusione per incorporazione eccedevano il limite del patrimonio netto delle stesse.

Seguì il contenzioso, esitato dinanzi alla Commissione tributaria provinciale di Milano con la sentenza n. 9632/42/2016, che accolse parzialmente le ragioni della contribuente, annullando l'avviso d'accertamento solo quanto alle sanzioni. La società e l'Agenzia delle entrate, ciascuna per quanto soccombente, proposero appello dinanzi alla Commissione tributaria regionale della Lombardia, che con la sentenza n. 1590/13/2018 confermò le statuizioni di primo grado. Il giudice regionale, dopo aver dettagliatamente delineato le difese e le questioni principali

controverse, ha riconosciuto la carenza del requisito di vitalità con riferimento alle spese per prestazioni di lavoro subordinato, senza che fossero apprezzabili le spese di utilizzo di personale esternalizzato. Ha ritenuto inoltre che le perdite fossero superiori al patrimonio netto di riferimento, calcolato secondo le regole previste dall'art. 172, comma 7, d.P.R. n. 917 del 1986, così mancando anche i presupposti per la compensazione delle perdite suddette.

La società ha censurato con tre motivi la sentenza, chiedendone la cassazione, cui ha resistito l'Agenzia delle entrate con controricorso. La contribuente ha depositato anche memorie ai sensi dell'art. 378 cod. proc. civ.

### **RAGIONI DELLA DECISIONE**

Deve preliminarmente avvertirsi che il ricorso avverso la sentenza impugnata risulta tempestivo. La sentenza fu pubblicata il 10 aprile 2018. La notifica del ricorso, ai fini del notificante, risulta compiuta il 9 novembre 2018. Sebbene il termine di notifica sia apparentemente ultrasemestrale e dunque tardivo ai sensi dell'art. 327 cod. proc. civ., al caso di specie trova applicazione la sospensione dei termini prescritta dal d.l. 23 ottobre 2018, n. 119, il cui art. 6, comma 11 (ratione temporis vigente), prevede che i termini di impugnazione sono sospesi tra la data di entrata in vigore del decreto legge ed il 31 luglio 2019.

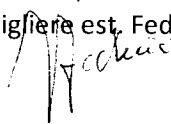
Con il primo motivo di ricorso la società denuncia la nullità della sentenza per violazione dell'art. 112 cod. proc. civ., in relazione all'art. 360, primo comma, n. 4, cod. proc. civ., per omessa pronuncia sulla mancata attivazione del contraddittorio endo-procedimentale.

Con il secondo motivo la società lamenta la falsa applicazione dell'art. 10, l. 27 luglio 2000, n. 212, in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3, cod. proc. civ., quanto alla mancata attivazione del contraddittorio endo-procedimentale.

I due motivi possono trattarsi congiuntamente afferendo entrambi, sebbene sotto i diversi profili del vizio processuale e dell'errore di diritto sostanziale, alle omesse garanzie assicurate dal contraddittorio.

I motivi vanno rigettati.

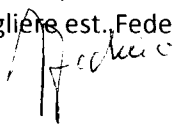
Intanto, quanto al primo motivo, se è vero che sull'eccepito mancato rispetto del contraddittorio il giudice regionale, pur dando atto che la



contribuente aveva posto la questione, ha tuttavia ommesso di pronunciarsi, e se alla rilevata e riconosciuta omessa pronuncia deve ordinariamente seguire la cassazione della decisione con rinvio al giudice di merito, dinanzi al quale il vizio processuale è stato compiuto, questa Corte, con orientamento ormai consolidato, ha affermato che il giudice di legittimità può decidere la causa nel merito, ai sensi dell'art. 384 cod. proc. civ., non soltanto nel caso di violazione o falsa applicazione di norme sostanziali, ma anche nel caso in cui il suddetto vizio attenga a norme processuali, sempre che non siano necessari ulteriori accertamenti in fatto (Sez. U, 2 febbraio 2017, n. 2731; inoltre, ex plurimis, cfr. 15 febbraio 2005, n. 2977; 28 marzo 2006, n. 7073; 3 aprile 2014, n. 7826; 27 dicembre 2013, n. 28663; 11 novembre 2014, n. 23989; 20 ottobre 2017, n. 24866; 1 marzo 2019, n. 6145; 18 novembre 2019, n. 29880).

Ebbene, nel merito non trova accoglimento l'invocata nullità dell'atto impositivo per mancato rispetto del contraddittorio endo-procedimentale. Secondo la giurisprudenza di legittimità solo per i tributi "armonizzati" - in tema di diritti e garanzie del contribuente sottoposto a verifiche fiscali - l'Amministrazione finanziaria è gravata di un obbligo generale di contraddittorio endo-procedimentale, la cui violazione comporta l'invalidità dell'atto. Ciò tuttavia a condizione che il contribuente abbia assolto all'onere di enunciare in concreto le ragioni che avrebbe potuto far valere e non abbia proposto un'opposizione meramente pretestuosa. Per quelli "non armonizzati", non è invece rinvenibile, nella legislazione nazionale, un analogo generalizzato vincolo, che pertanto sussiste solo per le ipotesi in cui risulti specificamente sancito (Sez. U, 9 dicembre 2015, n. 24823). Si tratta di un orientamento consolidato, ribadito dalla giurisprudenza di legittimità, e al quale anche questo collegio intende dare continuità.

Dal perimetro dell'obbligo del contraddittorio restano dunque fuori le imposte non armonizzate, quando non espressamente prescritto dalla specifica legislazione. Nel caso di specie, anche volendo considerare, come ha specificato nella memoria difensiva la difesa della società, che l'avviso d'accertamento sia stato emesso all'esito di una verifica presso i locali della contribuente, l'atto impositivo ha riguardato la sola Ires e non imposte armonizzate, né le modalità d'accertamento rientrano tra quelle per le quali



espressamente il Legislatore ha previsto l'instaurarsi di un contraddittorio endo-procedimentale.

Con il terzo motivo la società si duole della violazione e falsa applicazione dell'art. 172, comma 7, del d.P.R. n. 917 del 1986, in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3, cod. proc. civ., quanto al riconoscimento dell'indebita compensazione delle perdite derivanti dall'operazione di fusione, per carenza dei presupposti e dei requisiti previsti dall'art. 172, comma 7, cit.

Con le proprie argomentazioni la contribuente insiste nell'affermare la sussistenza degli indici di vitalità della società partecipante alla fusione, tanto con riferimento ai ricavi e ai proventi (nel concreto mai posti in contestazione dall'Amministrazione finanziaria) quanto con riguardo alle spese per prestazioni di lavoro subordinato (invece contestato perché da esse sarebbero escluse i costi di lavoro esternalizzato -o outsourcing-). Parimenti insiste nell'affermare la sussistenza del requisito della non eccedenza delle perdite delle società partecipanti alla incorporazione rispetto allo stato patrimoniale delle società medesime.

Il motivo non trova accoglimento.

L'art. 172, comma 7, del d.P.R. n. 917 del 1986, vigente ratione temporis, per quanto qui di interesse, così recitava «Le perdite delle società che partecipano alla fusione, compresa la società incorporante, possono essere portate in diminuzione del reddito della società risultante dalla fusione o incorporante per la parte del loro ammontare che non eccede l'ammontare del rispettivo patrimonio netto quale risulta dall'ultimo bilancio o, se inferiore, dalla situazione patrimoniale di cui all'articolo 2501-quater del codice civile, senza tener conto dei conferimenti e versamenti fatti negli ultimi ventiquattro mesi anteriori alla data cui si riferisce la situazione stessa, e sempre che dal conto economico della società le cui perdite sono riportabili, relativo all'esercizio precedente a quello in cui la fusione è stata deliberata, risulti un ammontare di ricavi e proventi dell'attività caratteristica, e un ammontare delle spese per prestazioni di lavoro subordinato e relativi contributi, di cui all'articolo 2425 del codice civile, superiore al 40 per cento di quello risultante dalla media degli ultimi due esercizi anteriori. Tra i predetti versamenti non si comprendono i contributi erogati a norma di legge dallo Stato e da altri enti pubblici».

In riferimento alla redazione della situazione patrimoniale, l'art. 2501-  
quater, primo comma, cod. civ., prescrive che «l'organo amministrativo delle  
società partecipanti alla fusione redige, con l'osservanza delle norme sul  
bilancio di esercizio, la situazione patrimoniale delle società stesse, riferita  
ad una data non anteriore di oltre centoventi giorni al giorno in cui il progetto  
di fusione è depositato nella sede della società ovvero pubblicato sul sito  
internet di questa».

Ebbene, la fusione è un evento fiscalmente neutro ai fini reddituali,  
incidendo sull'organizzazione patrimoniale dei soggetti d'imposta, e non  
sulla sua gestione, senza dunque che ad essa possa ricondursi la  
realizzazione, tanto meno la distribuzione, di plusvalenze o minusvalenze,  
né possa essere generato reddito imponibile o perdite deducibili. Proprio  
nella neutralità fiscale dell'evento trova causa il subentro negli obblighi e nei  
diritti delle società incorporate o fuse, relativi alle imposte sui redditi (cfr. il  
comma 4 dell'art. 172 cit.). Ed è per tale ragione che alla società  
incorporante, o da quella che emerge dalla fusione, spetta, per subentro, il  
diritto al riporto in avanti delle perdite fiscali pregresse.

Tuttavia, poiché nel meccanismo appena delineato, logico e corretto sul  
piano fiscale oltre che economico nonché coerente con il modello e la  
fattispecie giuridica della fusione, era agevole intravedere «fenomeni di  
rincorsa e quasi di incetta di società in perdita» (da "relazione di  
accompagnamento" allo schema del d.l. 18.06.1986, n. 277), il Legislatore  
intese immediatamente porre un argine al pericolo di diffusione di operazioni  
di fusione con società decotte, individuato nella fissazione di un limite di  
riporto delle perdite nella nuova società (incorporante o sorta con la fusione).  
Tale limite fu innanzitutto identificato nel patrimonio netto contabile. Si  
intese inoltre introdurre un ulteriore *limes* al diritto di riporto delle perdite,  
identificato nella previa verifica che dal conto economico della società, le cui  
perdite vanno riportate -conto riferito all'esercizio precedente a quello della  
delibera di fusione-, risulti una "vitalità" della società medesima.

Il perimetro entro cui il legislatore ha dunque inteso riconoscere il riporto  
delle perdite delle società partecipanti alla fusione presidia il meccanismo di  
tutela da fenomeni elusivi, di commercio di perdite fiscali, così evitando la  
fusione di "scatole vuote", cariche solo di perdite da portare "in dote"

all'incorporante, ma ormai svuotate di ogni concreta operatività, cd. "bare fiscali" utilizzabili al solo scopo di abbattere gli utili tassabili.

Dalla disciplina dettata nell'art. 172, comma 7, d.P.R. n. 917 del 1986, si evince dunque che il riporto e la compensabilità delle perdite pregresse delle società incorporate, e più in generale di quelle fuse, è condizionato alla verifica che: a) nell'esercizio anteriore alla delibera di fusione risulti un ammontare di ricavi e proventi dell'attività caratteristica e un ammontare delle spese per prestazioni di lavoro dipendente e relativi contributi superiore al 40% rispetto alla media dei due periodi di imposta immediatamente precedenti; b) le perdite conseguite dalle società partecipanti alla fusione siano inferiori, e comunque riportabili nel limite del patrimonio netto delle stesse, senza tener conto dei versamenti effettuati dai soci nei ventiquattro mesi precedenti la situazione patrimoniale di riferimento (cfr. Cass., 17 luglio 2019, n. 19222).

Nel caso di specie l'Amministrazione finanziaria ha negato la sussistenza di entrambi i requisiti e la decisione del giudice regionale, così come del giudice provinciale sul punto, ora censurata con il ricorso, ha riconosciuto le ragioni dell'ufficio.

La contribuente insiste nell'affermazione secondo cui sussistevano i requisiti di vitalità della società incorporata. Questi erano stati disconosciuti non in riferimento ai ricavi e ai proventi dell'attività caratteristica, come emergenti nell'ultimo conto economico, bensì con riguardo all'ammontare delle spese per prestazioni di lavoro subordinato e relativi contributi, risultanti dunque inferiori al 40% di quanto risultante dalla media degli ultimi due esercizi anteriori alla fusione.

Sebbene nel ricorso la società non si diffonda sulla questione, limitandosi a affermare che l'assenza di costi di personale non può escludere da sola la vitalità aziendale e la sua operatività, come desumibile da altri fattori, è bene chiarire che il giudice regionale ha rilevato che l'appellante aveva spiegato l'assenza di costi per il personale nel bilancio dell'incorporata poiché la scelta aziendale era stata quella di esternalizzare l'attività amministrativa e contabile, a tal fine allegando le relative fatture. Sennonché il perimetro della norma, che è norma antielusiva (sebbene nelle argomentazioni successive, a fronte del rigoroso sistema della disciplina antielusiva, si chiarirà quali strumenti di bilanciamento possano essere utilizzati dal contribuente), non

lascia spazio a libere interpretazioni, atteso che l'art. 172 fa espresso richiamo alle spese per prestazioni di lavoro subordinato e ai "relativi" contributi, di cui all'art. 2425 cod. civ. Quest'ultima norma esplicitamente indentifica tra i costi della produzione quelli per il personale e nello specifico i salari e stipendi (B9a) e gli oneri sociali (B9b). Risulta con evidenza che il richiamo all'art. 2425 cod. civ. non lascia margine alla equiparazione tra i costi per il personale subordinato ed i costi del personale esternalizzato, di cui non risulterebbe neppure distinguibile la spesa per i contributi. E in ogni caso, sul piano strettamente probatorio, nulla emerge sul contenuto delle fatture che dovevano riportare i costi sopportati per il personale esternalizzato.

Non trovano accoglimento neppure le critiche indirizzate alla sentenza della commissione regionale in merito alla rilevata insussistenza dell'altro presupposto per la compensabilità delle perdite pregresse, laddove la norma ne condiziona la possibilità solo nella misura del loro ammontare che non ecceda l'ammontare del rispettivo patrimonio netto quale risulta dall'ultimo bilancio o, se inferiore, dalla situazione patrimoniale di cui all'articolo 2501-quater del codice civile, senza tener conto dei conferimenti e versamenti fatti negli ultimi ventiquattro mesi anteriori alla data cui si riferisce la situazione stessa.

Il termine di raffronto è rappresentato dunque dal minor importo tra il patrimonio netto risultante dall'ultimo bilancio o, se inferiore, da quello emergente dalla situazione patrimoniale redatta dall'organo amministrativo delle società partecipanti alla fusione, di cui si occupa l'art. 2501-quater cod. proc. civ.

Deve a tal fine chiarirsi che la redazione della situazione patrimoniale non è sempre necessaria nelle ipotesi di fusione, prevedendo il secondo comma della medesima norma che la redazione del nuovo documento «può essere sostituita dal bilancio dell'ultimo esercizio, se questo è stato chiuso non oltre sei mesi prima del giorno del deposito o della pubblicazione» del progetto di fusione. Nel caso di specie risulta pacifico che il bilancio era stato chiuso al 31 dicembre 2009 mentre il deposito del progetto di fusione era stato depositato il 30 luglio 2010, dunque oltre il semestre.

La società, nel raffronto tra le perdite e il patrimonio netto, aveva assunto a riferimento quello risultante dalla situazione patrimoniale redatta



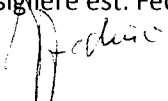
ai sensi dell'art. 2501-quater, primo comma, cod. civ. Ciò perché di ammontare inferiore a quello emergente dall'ultimo bilancio. Al contrario, l'Agenzia delle entrate aveva ritenuto che ad essere inferiore fosse quest'ultimo. Le opposte determinazioni non erano causate da una lettura strabica dei medesimi valori, bensì dal diverso metodo di calcolo. Richiedendosi infatti dalla norma che il patrimonio netto dovesse essere calcolato al netto "dei conferimenti e versamenti fatti negli ultimi ventiquattro mesi anteriori alla data cui si riferisce la situazione [patrimoniale] stessa", i suddetti conferimenti, eseguiti nella misura di € 10.225.000,00 sino al marzo 2008, nel caso di specie potevano incidere sul dato relativo all'ultimo bilancio chiuso (perché compiuti entro il biennio), non invece rispetto alla situazione patrimoniale aggiornata ex art. 2501-quater cod. civ. (al 30 giugno 2010, e dunque ultrabiennale).

Ciò chiarito, la contribuente ha inteso interpretare la disciplina nel senso che il raffronto tra le due situazioni patrimoniali andava eseguito prima della esclusione dei conferimenti e versamenti, procedendo dunque alla esclusione dei medesimi solo dopo aver individuato il patrimonio netto inferiore, e sempre che, rispetto al patrimonio così identificato, i conferimenti e versamenti fossero stati eseguiti nei ventiquattro mesi. Così operando la società aveva potuto compensare le perdite, evidentemente non eccedenti il patrimonio netto assunto a confronto.

Diversamente opinando, l'Amministrazione finanziaria ha ritenuto che la decurtazione dei conferimenti o versamenti doveva essere operata a monte del raffronto tra le due situazioni patrimoniali, con l'effetto che il patrimonio netto era risultato quello relativo alla chiusura del bilancio. Da tale identificazione era risultato che le perdite eccedevano il patrimonio netto di € 3.688.047,00, importo pertanto recuperato ad imponibile con l'avviso d'accertamento.

La questione dunque è quella se sia corretto il sistema di calcolo adottato dalla contribuente, oppure quello optato dall'ufficio.

Pur nell'assenza di un esplicito ordine compositivo dei dati a cui ricorrere, offerto dalla norma, questo Collegio ritiene corretta l'interpretazione della norma caldeggiata dall'Agenzia delle entrate. Intanto il dato testuale non lascia margini di dubbio, atteso che la norma è chiara nel richiedere che le perdite possano essere portate in diminuzione dei



reddito "per la parte del loro ammontare che non eccede l'ammontare del rispettivo patrimonio netto quale risulta dall'ultimo bilancio o, se inferiore, dalla situazione patrimoniale di cui all'articolo 2501-quater del codice civile, senza tener conto dei conferimenti e versamenti fatti negli ultimi ventiquattro mesi anteriori alla data cui si riferisce la situazione stessa". Il richiamo alle situazioni patrimoniali, quella risultante dall'ultimo bilancio e quella eventuale, emergente dalla situazione aggiornata, precede, ma senza alcuna cesura, il richiamo ai conferimenti al netto dei quali le due situazioni patrimoniali vanno confrontate. E non si comprende il perché un elemento di raffronto unitario ben preciso, situazione patrimoniale al netto dei conferimenti e versamenti infrabiennali, debba essere scomposto e poi ricomposto.

Vi è peraltro una seconda ragione, rilevante per la finalità antielusiva della disciplina. Se la norma è stata concepita a prevenzione da condotte abusive in occasione dell'uso di uno strumento di organizzazione societaria, quale la fusione, scomporre i due elementi di cui si compone la situazione patrimoniale richiamata nell'art. 172 cit. -stato patrimoniale al netto di determinati dati positivi- ne implicherebbe una lettura irrazionale. L'esclusione dei conferimenti e versamenti infrabiennali a valle e non a monte del raffronto tra due situazioni patrimoniali, lascerebbe maggiori margini di libertà al contribuente, cui è già rimessa la determinazione del lasso temporale tra chiusura del bilancio e tempi di deposito del progetto di fusione -e dunque la necessità o meno di redigere una situazione patrimoniale aggiornata-, di operare scelte incidenti sulla detrazione o meno di quei conferimenti e versamenti (allungando per esempio i tempi di redazione della situazione patrimoniale ex art. 2501-quater e pertanto determinando l'ultrabiennalità e l'indetraibilità di quei componenti), così offrendo spazi di manovra per aggirare le concrete modalità di applicazione della norma.

Ragioni ermeneutiche del testo normativo e considerazioni relazionate alle finalità antielusive della disciplina depongono in conclusione per l'affermazione del **principio secondo cui «In tema di reddito imponibile di società partecipanti ad una operazione di fusione, al fine della deducibilità delle perdite, ai sensi dell'art. 172, comma 7, del d.P.R. 22 dicembre 1986, il cd. patrimonio netto inferiore va individuato tra**

**quello dell'ultimo bilancio di esercizio e quello risultante dalla situazione patrimoniale aggiornata, previa rettifica in diminuzione dei conferimenti e versamenti eventualmente eseguiti nel biennio precedente alla data cui detto patrimonio si riferisce».**

A tale principio si è attenuta la Commissione tributaria regionale.

Restano tuttavia da esaminare le ulteriori critiche elaborate dalla difesa della contribuente in merito al complesso contenuto della regolamentazione della deducibilità delle perdite delle società partecipanti all'operazione di fusione, così come delineato dall'art. 172, comma 7, del d.P.R. n. 917 del 1986.

La difesa infatti sostiene che il confronto tra le perdite ed il patrimonio netto inferiore, previa rettifica in diminuzione dei conferimenti e versamenti eventualmente effettuati nel biennio precedente, nonché le rigide regole sul requisito dell'indice di vitalità della società sarebbe incompatibile con il diritto comunitario che vieta la limitazione del riporto delle perdite se la fusione non risulti preordinata al perseguimento di finalità elusive fiscali. A tal fine invoca giurisprudenza della CGUE, che nel trattare della direttiva 90/434 CEE e del rapporto tra agevolazioni fiscali e operazioni straordinarie di fusione o di scissione, per un verso rileva come l'art. 11 della medesima direttiva prevede al suo n. 1 che «Uno Stato membro può rifiutare di applicare in tutto o in parte le disposizioni dei titoli II, III e IV o revocarne il beneficio qualora risulti che l'operazione di fusione, di scissione, di conferimento d'attivo o di scambio di azioni: a) ha come obiettivo principale o come uno degli obiettivi principali la frode o l'evasione fiscale; il fatto che una delle operazioni di cui all'articolo 1 non sia effettuata per valide ragioni economiche, quali la ristrutturazione o la razionalizzazione delle attività delle società partecipanti all'operazione, può costituire la presunzione che quest'ultima abbia come obiettivo principale o come uno degli obiettivi principali la frode o l'evasione fiscali»; dall'altro lato avverte tuttavia che «Risulta dalla giurisprudenza della Corte che, per accertare se l'operazione prevista abbia un tale obiettivo, le autorità nazionali competenti non possono limitarsi ad applicare criteri generali predeterminati, ma devono procedere, caso per caso, ad un esame globale dell'operazione di cui trattasi. Infatti, l'istituzione di una norma di portata generale che escluda automaticamente talune categorie di operazioni dall'agevolazione fiscale, a prescindere da un'effettiva evasione o

frode fiscale, eccederebbe quanto è necessario per evitare una tale frode o evasione fiscale e pregiudicherebbe l'obiettivo perseguito dalla direttiva 90/434 (sentenza Leur-Bloem, cit., punti 41 e 44)». (C-126/2010; C-321/2005). Dalla giurisprudenza euro-comunitaria trae la considerazione che intanto l'interpretazione rigida offerta dalla Commissione regionale non è coerente con la *ratio* della norma, e che comunque vi erano elementi, sviluppati nelle difese, che al contrario delle conclusioni cui erano pervenute le corti di merito, evidenziavano la vitalità delle società (ad esempio la notorietà dell'immobile della società incorporata September -la COIN di corso di Porta Vittoria in Milano-) e l'esclusione di finalità meramente elusive nell'operazione di fusione realizzata.

La difesa, pur suggestiva, non coglie nel segno.

Innanzitutto la disciplina incidente sugli effetti fiscali delle fusioni, contenuta nell'art. 172, comma 7, del d.P.R. n. 917 del 1986, rappresenta una regola circolare costruita dal Legislatore a tutela dal rischio di operazioni finalizzate al raggiungimento di obiettivi esclusivamente oppure prevalentemente elusivi, mediante l'identificazione di criteri preventivi, legalmente presuntivi ma specificamente predeterminati, entro cui l'operatore economico è in grado di conoscere come deve muoversi e cosa aspettarsi sotto il profilo fiscale.

D'altronde la stessa giurisprudenza euro-unitaria invocata dalla contribuente, nel prosieguo delle argomentazioni, se nel paragrafo 47 afferma che *«nulla osta, in linea di principio, a che un'operazione di fusione che proceda ad una ristrutturazione o a una razionalizzazione di un gruppo che consentono di ridurre le spese amministrative e di gestione di quest'ultimo possa perseguire valide ragioni economiche [...]»*, nei successivi paragrafi evidenzia che *«48 [...] va aggiunto che l'economia dei costi derivanti dalla riduzione delle spese amministrative e di gestione al momento della scomparsa della società incorporata caratterizza qualsiasi operazione di fusione per incorporazione, nei limiti in cui quest'ultima comporta per definizione una semplificazione della struttura del gruppo. 49 Orbene, se si ammettesse in via sistematica che l'economia dei costi strutturali derivante dalla riduzione delle spese amministrative e di gestione costituisce una valida ragione economica, senza tener conto degli altri obiettivi dell'operazione prevista, e più in particolare delle agevolazioni*

fiscali, la regola stabilita all'art. 11, n. 1, lett. a), della direttiva 90/434 sarebbe privata di tutta la sua finalità, che consiste nel salvaguardare gli interessi finanziari degli Stati membri prevedendo, conformemente al nono 'considerando' di tale direttiva, la facoltà per questi ultimi di negare il beneficio delle disposizioni previste dalla direttiva in caso di frode o di evasione fiscali. 50 Va peraltro ricordato che l'art. 11, n. 1, lett. a), della direttiva 90/434 riflette il principio generale di diritto dell'Unione secondo il quale l'abuso del diritto è vietato. L'applicazione delle norme di tale diritto non può essere estesa sino a comprendere pratiche abusive, ossia operazioni effettuate non nell'ambito di normali transazioni commerciali, ma unicamente allo scopo di beneficiare abusivamente dei vantaggi previsti da detto diritto (v., in questo senso, sentenze 9 marzo 1999, causa C-212/97, Centros, Racc. pag. I-1459, punto 24; 21 febbraio 2006, causa C-255/02, Halifax e a., Racc. pag. I-1609, punti 68 e 69; nonché Kofoed, cit., punto 38)».

Ebbene, è vero che la disciplina di cui si discute può destare perplessità, come opportunamente sottolineato da certa dottrina, in ordine al trattamento penalizzante che investe talune fattispecie. Ad esempio, quanto all'indice di vitalità relativo alle spese per il personale, quando si tratti di imprese svolgenti attività di holding. È altrettanto vero tuttavia che quando la disciplina antielusiva, sia rispetto alla effettiva vitalità della società, sia riguardo alle finalità abusive delle operazioni messe in atto, presenti dei limiti nel caso concreto, tali limitazioni possono essere superate mediante il ricorso all'istanza di interpello prevista dall'art. 11, comma 2, della l. 26 luglio 2000, n. 212. In tal modo al contribuente è assicurato uno strumento, con cui, controbilanciando lo schema, di per sé rigido, dell'art. 172, comma 7, cit., può richiedere all'Amministrazione medesima la disapplicazione della norma, a tal fine dimostrando le finalità non elusive dell'operazione, e ciò tanto per superare il test di vitalità, quanto per neutralizzare le limitazioni quantitative alla deducibilità delle perdite, previste dalla medesima norma (cfr. Cass., 4 marzo 2021, n. 5953, con riferimento all'interpello ex art. 37 bis, comma 8, del d.P.R. n. 600 del 1973).

Ciò trova riconoscimento persino nella Circolare 9/E del 9 marzo 2010 dell'Agenzia delle entrate, che in materia di fusione riconosce infatti la disapplicabilità della norma qualora la società dimostri che, pur con perdite

fiscali pregresse, ostantive al superamento dei limiti di deducibilità imposti dall'art. 172 cit., comunque non è una "bara fiscale".

La circolarità della disciplina antielusiva apprestata dall'art. 172, comma 7, cit., a differenza di quanto prospettato dalla difesa della ricorrente, si rivela non assoluta ed è del tutto compatibile con i principi eurocomunitari.

Può pertanto affermarsi il principio secondo cui **«in tema di reddito imponibile delle società che partecipano ad una operazione di fusione, la disciplina contenuta nell'art. 172, comma 7, del d.P.R. n. 917 del 1986, posta a tutela dal rischio di operazioni finalizzate al raggiungimento di obiettivi esclusivamente o prevalentemente elusivi, costituisce una regola circolare, che, mediante l'identificazione di criteri legali presuntivi ma specificamente predeterminati, assicura all'operatore economico la conoscenza degli effetti della fusione sotto il profilo fiscale ed è in ogni caso disapplicabile, mediante il ricorso all'interpello previsto dall'art. 11 della l. n. 212 del 2000, qualora sia dimostrato che la società partecipante all'operazione, pur con perdite fiscali incompatibili con la deducibilità dal reddito della società risultante dalla fusione, non è una "scatola vuota"»**.

Nel caso di specie la contribuente non ha neppure chiarito se, prima di procedere alla operazione di fusione, abbia inteso ricorrere agli strumenti di correzione della disciplina antielusiva, così da chiarire, nell'interlocuzione con l'Amministrazione finanziaria, gli aspetti più critici dell'operazione e comunque ponderare le conseguenze della scelta medesima. Non può dunque dolersi di nulla.

Il ricorso va in conclusione rigettato. All'esito del giudizio segue la soccombenza della ricorrente nelle spese del giudizio di legittimità, che si liquidano nella misura specificata in dispositivo.

#### **P.Q.M.**

Rigetta il ricorso, condanna la ricorrente alla rifusione delle spese del giudizio di legittimità, che si liquidano in € 10.000,00, oltre spese prenotate a debito. Ai sensi dell'art. 13, comma 1 quater, d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento da parte del ricorrente dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, nella misura

pari a quello previsto per il ricorso, a norma del comma 1-bis del medesimo articolo 13, se dovuto.

Così deciso in Roma, il giorno 27 settembre 2022

Il Consigliere est.