



BRESCIA

ORDINE
DEI DOTTORI
COMMERCIALISTI
E DEGLI ESPERTI
CONTABILI

LA LEGITTIMITA' DEL RIPORTO DELLE PERDITE IN CASO DI FUSIONE



Commissione Consultiva Diritto dell'Unione Europea e Direttive UE

COORDINATORE: SILVESTRO SPECCHIA - DELEGATO DEL CONSIGLIO: CLAUDIO UBERTI - MEMBRI: ANGELO CISOTTO, ALESSANDRO ALBA,
MAURIZIO BACCHIEGA, TOMMASO FORNASARI, DANIELA MENTASTI, SILVIO PICCINELLI, SABATO SANTORO e KEVIN TARASCO

GIUGNO 2017

LA LEGITTIMITA' DEL RIPORTO DELLE PERDITE FISCALI IN CASO DI FUSIONE

di SILVESTRO SPECCHIA

La sentenza n. 24/02/13 dell'11 febbraio 2013 resa dalla Commissione Tributaria Provinciale di Reggio Emilia, pur avendo risolto con indirizzo innovativo (vedi articolo "Nelle Fusioni, limiti alla deduzione delle perdite solo se c'è finalità elusiva – a cura di A. Marcheselli, Eutekne Info 13 febbraio 2013) la controversia riguardante la disciplina del riporto delle perdite nelle fusioni, ha riaffermato il pacifico principio della prevalenza del Diritto dell'Unione Europea rispetto ai diritti interni agli Stati Membri.

Nella causa in commento, la società ricorrente - dopo aver sostenuto che la disposizione introdotta dall'art. 172, comma 7 del TUIR fu emanata al fine di contrastare la realizzazione di fenomeni elusivi consistenti nella compensazione intersoggettiva delle perdite fiscali di società prive di capacità produttiva (c.d. "bare fiscali") con i redditi imponibili di altre società partecipanti all'operazione straordinaria – aveva dimostrato l'assenza di ogni e qualsivoglia attività elusiva nell'operazione di fusione intervenuta.

Come correttamente osservato in dottrina (G. Ferranti – B. Izzo – L. Miele – V. Russo, *La Disciplina delle Perdite, Collana Temi di reddito di Impresa, Casi Controversi e soluzioni operative*, IPSOA, 2007) nel nostro ordinamento tributario, più che esistere un divieto generalizzato di utilizzo intersoggettivo delle perdite fiscali, cioè di trasferire, mediante operazioni straordinarie, perdite a soggetti con utili e viceversa, esiste un principio di esclusione della possibilità di riportare le perdite fiscali pregresse che opera soltanto in presenza di "fattispecie patologiche" cioè laddove la società che ha in dote le perdite si presenti essenzialmente come una società decotta, carica solo di perdite fiscali e l'operazione straordinaria sia posta in essere al solo scopo di trasferire le sue perdite riportabili ad una società in utile, per abbattere il reddito di impresa imponibile di quest'ultima.

Sulla questione della legittimità del riporto delle perdite fiscali in operazioni straordinarie, si è pronunciata la Corte di Giustizia UE del 10 novembre 2011 nel procedimento C-126/10.

I Giudici Europei hanno argomentato osservando che il trattamento fiscale contenuto nella direttiva 90/434 (Direttiva del Consiglio 23 luglio 1990 n. 90/434/CEE) consente di dedurre le perdite fiscali nell'ambito di operazioni societarie straordinarie di fusione, scissione, conferimento di attivo e scambio di azioni.

L'articolo 11 della Direttiva prevede la possibilità, per gli Stati Membri, di non accordare il beneficio e, pertanto, in casi eccezionali, possono anche non essere applicate le disposizioni di agevolazione fiscale nei casi in cui l'operazione dia adito a sospetti di frode o elusione fiscale. La mancanza di valide ragioni economiche costituisce un elemento di presunzione del raggiungimento di obiettivi contrari all'ordinamento tributario. La presunzione, però – osservano i Giudici Europei – non può essere basata soltanto su principi di carattere generale ma richiede, da parte degli Stati Membri, un esame dei singoli casi per appurare l'effettivo rischio di evasione od elusione. I Giudici sottolineano che la misura contenuta nell'articolo 11 costituisce una misura derogativa alla direttiva 90/434 e, in quanto tale, va interpretata restrittivamente altrimenti verrebbe meno la sua funzione di salvaguardia.

Pertanto, i Giudici Europei – evidenziando il dettato del "nono considerando" della Direttiva 90/434 – limitano il campo d'azione degli Stati Membri, sul tema in oggetto, unicamente: *"occorre prevedere la facoltà degli Stati Membri di rifiutare il beneficio dell'applicazione della presente direttiva allorché l'operazione di fusione, di scissione, di conferimento di attivo o di scambio di azioni ha come obiettivo la frode o l'evasione fiscale"*

Ancora nella Sentenza della Corte di Giustizia in commento, i Giudici osservano: *"Risulta che, per accertare se l'operazione prevista abbia un tale obiettivo (l'elusione, ndr), 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 dell'agevolazione fiscale, a prescindere da una effettiva evasione o frode fiscale, eccederebbe quanto è necessario per evitare tale frode o evasione fiscale e pregiudicherebbe l'obiettivo perseguito dalla direttiva 90/434 – Sentenza Leur-Bloem, 17 luglio 1997, causa C-28/95, punti 41 e 44 omissis Pertanto, il Giudice del rinvio si chiede, fondandosi sulle espressioni “ristrutturazione” e “razionalizzazione” impiegate all’art. 11, n. 1, lettera a) della Direttiva 90/434, se l’effetto positivo in termini di costi strutturali, derivanti dalla riduzione dei costi amministrativi e di gestione del gruppo a seguito della fusione per incorporazione, possa costituire una valida ragione economica ai sensi di tale articolo..... Risulta dal tenore letterale del detto art. 11 n. 1 lett. a) e più in particolare dalle espressioni “quali la ristrutturazione o la razionalizzazione” che le operazioni così previste costituiscono esempi di valida ragioni economiche e che essi devono essere interpretate conformemente a tale ultima nozione”.

Pertanto, con la sentenza in commento, della Corte di Giustizia ha stabilito che la limitazione al riporto delle perdite può avvenire solamente in assenza di valide ragioni economiche.

Sulla base del citato orientamento, la difesa della società ricorrente ha chiesto alla Commissione Tributaria Provinciale di Reggio Emilia di accertare la contrarietà dell’art. 172, comma 7, del TUIR al diritto dell’Unione europea con conseguente disapplicazione della norma e, per l’effetto, annullare il rilievo contenuto nell’avviso di accertamento.

In via strettamente subordinata, la difesa della ricorrente ha chiesto di sospendere il procedimento e proporre questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell’Unione europea, ex art. 267 del TFUE, per il pronunciamento sulla interpretazione dell’articolo 11 della Direttiva del Consiglio 23 luglio 1990 n. 90/434/CEE, tenuto conto della giurisprudenza della Corte di Giustizia, e di conseguenza, sulla compatibilità con il diritto dell’Unione europea dell’art. 172, comma 7, del TUIR e, più precisamente, per risolvere il seguente quesito: “L’articolo 11 della Direttiva del Consiglio 23 luglio 1990 n. 90/434/CEE, tenuto conto della giurisprudenza della Corte di Giustizia, osta ad una disposizione nazionale quale l’art. 172, comma 7 del TUIR che, nel disciplinare il riporto delle perdite in caso di operazioni straordinarie, pone limiti eccedenti le disposizioni europee”.

La Commissione Tributaria Provinciale di Reggio Emilia – Sezione 2° (Presidente e Relatore Dr. Massimo Crotti) , con sentenza 24/02/2013 depositata in data 11 febbraio 2013, ha ritenuto non necessaria la proposizione della questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea - in virtù della sentenza della stessa Corte del 10 novembre 2011 nel procedimento C-126/10 – ed ha, pertanto, applicato il Diritto dell’Unione Europea con disapplicazione del diritto interno e con il conseguente accoglimento del ricorso sul punto dedotto.

L’Agenzia delle Entrate ha proposto appello alla precisata sentenza della Commissione Tributaria Provinciale di Reggio Emilia sostenendo, nella parte motiva, la mera indicazione che *“l’imputazione delle perdite è avvenuta in violazione del disposto dell’art. 172, comma 7 del TUIR con requisito del tetto commisurato al patrimonio netto della società incorporante ante fusione”*.

La posizione dell’Agenzia dell’Entrate, fornendo nel proprio appello una interpretazione non comunitariamente orientata dell’articolo 172 comma 7 del TUIR, è venuta meno al principio di leale collaborazione fra stati membri e Unione Europea rispetto all’applicazione corretta del diritto dell’Unione. Essa, infatti, fornendo una interpretazione dell’art. 172 del TUIR fondata esclusivamente sul diritto nazionale ha messo in pericolo la realizzazione dell’obiettivo di riavvicinare le legislazioni dei vari Stati membri in materia di fusioni, scissioni, conferimento di attivo e scambio di azioni che il legislatore comunitario si era posto con l’adozione della direttiva 90/434 oggi sostituita dalla Direttiva 2009/133/CE del Consiglio del 19 ottobre 2009 così favorendo una possibile violazione di tale Direttiva da parte della Repubblica Italiana.

Il principio di leale collaborazione fra Unione Europea e Stati Membri costituisce clausola generale che impone agli stati membri UE di comportarsi in maniera da favorire la piena applicazione del diritto europeo, lealmente ed in buona fede.

Tale principio è attualmente disciplinato dall'articolo 4 del Trattato sull'Unione europea, che dispone, testualmente, al paragrafo 3:

“In virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati. Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione. Gli Stati membri facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione”.

Il principio di cui sopra assume importanza cruciale quando le autorità dell'Unione Europea e le autorità dei singoli Stati membri sono chiamate a far rispettare gli obiettivi del trattato per l'esercizio coordinato delle rispettive competenze. Corollario diretto di tale principio è l'obbligo per gli Stati membri di adottare tutte le misure necessarie a garantire la portata e l'efficacia del diritto comunitario¹. Va a tal proposito sottolineato come a tale obbligo siano soggette tutte le autorità di uno stato membro incluse quelle amministrative, oltre ovviamente a quelle giudiziarie².

Si veda il paragrafo 26 della sentenza emessa dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (“CGUE”) nella causa C-14/83, in cui la CGUE ritiene opportuno precisare come l'obbligo degli Stati membri, derivante da una direttiva, di conseguire il risultato da questa contemplato, e l'obbligo loro imposto dall'allora art. 5 del Trattato di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento di tale obbligo, valgano per tutti gli organi degli stati membri ivi compresi, nell'ambito di loro competenza, quelli giurisdizionali. La CGUE conclude che, nell'applicare il diritto nazionale, il giudice interno deve interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva e quindi del diritto dell'Unione Europea.

In tale sentenza, infatti, la CGUE oltre a ribadire che l'obbligo imposto agli Stati membri di adottare tutti i provvedimenti necessari a garantire la portata e l'efficacia del diritto dell'Unione Europea vige in capo a tutte le Autorità di uno Stato membro, sancisce un altro importante principio secondo il quale le autorità nazionali devono interpretare la normativa interna alla luce della lettera e dello scopo della normativa comunitaria.

Si vedano ancora a tal proposito i paragrafi 30 e 32 della sentenza emessa dalla CGUE nella causa C-103/88 - Fratelli Costanzo / Comune di Milano:

“30 Va rilevato che il motivo per cui i singoli possono far valere le disposizioni di una direttiva dinanzi ai giudici nazionali ove sussistano i detti presupposti, è che gli obblighi derivanti da tali disposizioni valgono per tutte le autorità degli Stati membri.

31 Sarebbe peraltro contraddittorio statuire che i singoli possono invocare dinanzi ai giudici nazionali le disposizioni di una direttiva aventi i requisiti sopramenzionati, allo scopo di far censurare l'operato dell'amministrazione, e al contempo ritenere che l'amministrazione non sia tenuta ad applicare le disposizioni della direttiva disapplicando le norme nazionali ad esse non conformi. Ne segue che, qualora sussistano i presupposti necessari, secondo la giurisprudenza della Corte, affinché le disposizioni di una direttiva siano invocabili dai singoli dinanzi ai giudici nazionali, tutti gli organi dell'amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali, come i comuni, sono tenuti ad applicare le suddette disposizioni.

¹ Causa C-339/00 Irlanda/Commissione par. 71

² Causa C-14/83 - Von Colson e Kamann / Land Nordrhein-Westfalen par. 26, Causa C-80/86 - Kolpinghuis Nijmegen per. 12, C-103/88 - Fratelli Costanzo / Comune di Milano par. 30.-32, Causa C-224/97 Ciola par. 30

32 *Per quanto riguarda in particolare l'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305, emerge dall'esame della prima questione che tale disposizione è incondizionata e abbastanza precisa per poter essere invocata dai singoli nei confronti dello Stato. I singoli possono quindi avvalersene dinanzi ai giudici nazionali e, come risulta dalle considerazioni che precedono, tutti gli organi dell'amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali, come i comuni, sono tenuti ad applicarle*".

Dall'analisi dei sopra menzionati paragrafi della sentenza F.lli Costanzo/Comune di Milano emerge un ulteriore corollario al principio di leale cooperazione e soprattutto al principio di supremazia del diritto comunitario: al paragrafo 32, infatti, si legge chiaramente come *"l'amministrazione sia tenuta ad applicare le disposizioni della direttiva disapplicando le norme nazionali ad esse non conformi."* Da tale frase si deduce chiaramente come le autorità nazionali sia giudiziarie che amministrative, come l'Agenzia delle Entrate nel presente caso, qualora riscontrino che le norme interne che disciplinano una determinata materia non siano conformi al diritto dell'Unione Europea siano tenute a interpretarle in maniera conforme al diritto dell'Unione Europea e, ove ciò non fosse possibile, a disapplicarle³.

Tale obbligo trova riscontro in diverse sentenze successive della CGUE che hanno a che vedere direttamente con disposizioni generali del Trattato dell'Unione Europea e con i principi generali del diritto dell'Unione Europea.

Si vedano, a tal proposito, i paragrafi 48 e 49 della sentenza emessa dalla CGUE nella causa C-198/01, CIF nella quale la CGUE afferma testualmente:

"48 Si deve ricordare, in secondo luogo, che, secondo una giurisprudenza costante, il principio del primato del diritto comunitario esige che sia disapplicata qualsiasi disposizione della legislazione nazionale in contrasto con una norma comunitaria, indipendentemente dal fatto che sia anteriore o posteriore a quest'ultima.

49 Tale obbligo di disapplicare una normativa nazionale in contrasto con il diritto comunitario incombe non solo al giudice nazionale, ma anche a tutti gli organi dello Stato, comprese le autorità amministrative (v., in questo senso, sentenza 22 giugno 1989, causa 103/88, Fratelli Costanzo, Racc. pag. 1839, punto 31), il che implica, ove necessario, l'obbligo di adottare tutti i provvedimenti necessari per agevolare la piena efficacia del diritto comunitario (v. sentenza 13 luglio 1972, causa 48/71, Commissione/Italia, Race. pag. 529, punto 7)." Va sottolineato come nel caso di cui sopra è stata l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato italiana a disapplicare direttamente, in maniera del tutto corretta, alcune leggi italiane incompatibili con i principi superiori del diritto dell'Unione Europea.

Ne consegue che l'Agenzia delle Entrate per mezzo del citato appello ha messo in pericolo la corretta applicazione in Italia della Direttiva 2009/133/CE del Consiglio del 19 ottobre 2009 favorendo una non corretta applicazione del diritto dell'Unione Europea in Italia.

L'obbligo di cooperazione leale avrebbe dovuto imporre, invece, alla citata Agenzia di applicare in maniera puntuale tale legislazione europea e, visto che il legislatore italiano ha scelto di renderla applicabile a pure situazioni di diritto interno, di interpretare la legge nazionale alla luce della legislazione europea. Inoltre l'obbligo di cooperazione leale imporrebbe all'Agenzia, se non è d'accordo con una pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, di richiedere alla Commissione Tributaria Regionale che la stessa rinvii la causa a titolo pregiudiziale ex articolo 267 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea alla Corte di Giustizia affinché questa si pronunci sull'interpretazione data dall'Agenzia medesima.

La Commissione Tributaria Regionale di Bologna (Sezione 5^o, presidente Greco, Relatore Pasi), con sentenza 3013/2016 pronunciata il 12 settembre 2016 e depositata il 14 novembre 2016, nel confermare la sentenza dei Giudici di prime cure e respingendo l'appello

³ Causa C-103/88 - Fratelli Costanzo / Comune di Milano par. 30.-32 cit., causa C-224/97 – Ciola, causa C-198/01 CIF, causa C-106/77 Simmenthal

dell'Ufficio, ha sapientemente osservato che: *“l'appello non coglie nel segno, anzi è inconferente al capo di sentenza appellato. Il primo giudice, in accoglimento del corrispondente motivo di ricorso, ha infatti ritenuto di disapplicare la normativa nazionale sulle condizioni di ammissibilità del riporto delle perdite fiscali nelle operazioni di fusione o incorporazione societaria, dando la dovuta prevalenza alla disposizione comunitaria al riguardo e, segnatamente, alla Direttiva 90/434 come interpretata con sentenza C-126/10 della Corte di Giustizia UE nel senso che il disconoscimento delle perdite fiscali, ex art. 11 della Direttiva, è subordinato alla concreta individuazione della finalità e dell'effetto elusivo nel singolo caso e non può avvenire soltanto in applicazione di criteri generali legislativamente predeterminati. Tale profilo di contrasto con la superiore norma comunitaria è del tutto ignorato dall'Ufficio appellante che si limita a ribadire la non spettanza del beneficio secondo i predeterminati criteri nazionali di cui all'art. 172 del TUIR. Dunque, il motivo deve essere respinto perché trascura di considerare la prevalenza della normativa comunitaria e la motivazione della sentenza gravata”*.
Decisione ineccepibile sotto ogni profilo.