

Comm. trib. reg. Lombardia, n. 129/02/12 del 12 settembre 2012

Finanziamenti infragruppo Le valide ragioni economiche secondo la Commissione Tributaria Regionale della Lombardia

di Piergiorgio Valente e Salvatore Mattia

La Commissione Tributaria Regionale della Lombardia (C.T.R.) interviene in materia di finanziamenti infragruppo stabilendo, innanzitutto, che i finanziamenti da società controllata a società controllante (c.d. "ascendenti") rientrano nell'ambito dell'art. 88, comma 4 del Tuir; pertanto non sono da considerarsi sopravvenienze attive.

Inoltre, la presenza di valide ragioni economiche, secondo la C.T.R., prevale sull'eventuale mancanza di requisiti formali nelle operazioni effettuate.

1. Premessa

In linea generale, la forma di aggregazione di imprese che porta al controllo avviene attraverso l'acquisizione, da parte di una società (controllante), di partecipazioni qualificate o totalitarie al capitale sociale di un'altra società (controllata).

La disciplina civilistica dei gruppi di imprese è stata completamente ridisegnata dal D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, in attuazione della L. 3 ottobre 2001, n. 366, il quale ha sostituito integralmente il Capo IX, Titolo V del Libro V del codice civile, rubricato "Direzione e coordinamento di società" (artt. 2497-2497-septies c.c.)¹.

¹ Per un approfondimento in materia di direzione e coordinamento nei gruppi di imprese cfr. P. Valente, *Esterove-*

Sono numerose le ragioni per le quali una società decide di acquisire partecipazioni al capitale di un'altra società: basti ricordare che, tendenzialmente, una siffatta operazione può essere dettata dall'esigenza di una ripartizione delle diverse sfere di attività (finanziaria, operativa, ecc.) all'interno di uno stesso settore, oppure dall'intenzione di acquisire nuovi mercati.

In ogni caso, si tratta di operazioni conseguenti a valutazioni di tipo economico.

Ovviamente, il Legislatore, nel tempo, si è premurato di inserire, sia in campo civilistico che fiscale, norme di diversa natura (imperative, sanzionatorie, presuntive, ecc.) volte ad evitare utilizzi abusivi o fraudolenti dello strumento del controllo societario (si pensi, ad esempio, al fenomeno delle c.d. "scatole cinesi").

In ambito civilistico, le **categorie da tutelare** in situazioni di controllo sono, da un lato, i **creditori** (e, più in generale, i terzi), dall'altro i **soci di minoranza** (c.d. "minoranza silenziosa").

A tutela della prima categoria, ad esempio, sono state introdotte norme come l'art. 2467 c.c. (richiamato, in materia di direzione e coordinamento, dall'art. 2497-quinquies c.c.), ove è prevista la postergazione dei crediti, derivanti dal finanziamento di soci a favore della società, rispetto agli altri crediti.

In relazione ai soci di minoranza, sono previste diverse norme a tutela dell'effettività della parte-

stizione e residenza, Milano, IPSOA, 2013, pagg. 45 e seguenti.

cipazione assembleare, della trasparenza delle decisioni degli amministratori e delle responsabilità di questi ultimi.

Dal punto di vista tributario, invece, sussiste ovviamente l'interesse pubblico ad ottenere un'imposizione fiscale congrua alle reali capacità contributive dei soggetti economici presenti sul territorio.

A tutela di questo interesse è imperniata pressoché tutta la disciplina dell'accertamento; si pensi in particolare all'art. 37-*bis* del D.P.R. n. 600/1973, il quale prescrive la necessità di valide ragioni economiche per opporre determinate operazioni all'Amministrazione finanziaria².

La decisione della Commissione tributaria regionale della Lombardia (di seguito anche "C.T.R.") del 12 settembre 2012, n. 129/02/12³ offre spunti di riflessione attorno a diversi istituti: innanzitutto è necessario un inquadramento della disciplina dei **finanziamenti dei soci** e, successivamente, di quella dei **finanziamenti da società controllata a società controllante** (c.d. "finanziamenti ascendenti" o "*upstreaming financing*"⁴); in secondo luogo, si analizza il parametro dell'**economicità**, così come contemplato dall'art. 37-*bis* del D.P.R. n. 600/1973 nonché le dottrine, rispettivamente, del "*business purpose*" e della prevalenza della sostanza sulla forma (c.d. "*substance over form*"⁵), di matrice anglosassone ma che, gradualmente, hanno trovato applicazione anche nell'ordinamento italiano.

2. I finanziamenti dei soci

Il finanziamento dei soci è uno strumento "**informale**" di **capitalizzazione** cui solitamente ricorrono le società a ristretta base societaria. I

² Per approfondimenti sulla disciplina anti-elusiva di cui all'art. 37-*bis* del D.P.R. n. 600/1973, cfr. P. Valente, *Manuale di Governance fiscale*, Milano, IPSOA, 2011, pagg. 1525 e seguenti.

³ In "*il fisco*" n. 38/2012, fascicolo n. 1, pag. 6144.

⁴ Cfr. G. Perone, *L'applicabilità della disciplina legale della postergazione ai finanziamenti ascendenti infragruppo (upstreaming financing)*, in *Iudicium, Il Processo civile in Italia e in Europa*, www.iudicium.it. Sulla disciplina fiscale dei finanziamenti infragruppo cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, Milano, IPSOA, 2012, pagg. 1989 e seguenti.

⁵ Le dottrine del "*business purpose*" e del "*substance over form*" fanno principalmente riferimento alla celebre sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti, *Gregory vs Helvering*, 293 U.S. 465 del 1935, su cui cfr. *infra*.

primi utilizzi risalgono all'incirca agli anni Settanta e sono stati stimolati dall'introduzione di una norma tributaria di tipo agevolativo, ossia l'art. 43, comma 2, del D.P.R. n. 597/1973, il quale prevedeva che "per i capitali dati a mutuo si presume il diritto agli interessi (...), la presunzione non vale per le somme versate dai soci alla società in conto capitale".

Nonostante la normativa fiscale del finanziamento dei soci sia stata profondamente ridisegnata dal D.Lgs. n. 344/2003, tale strumento gode tuttora di largo uso.

I motivi del ricorso a questa operazione possono essere molteplici: si pensi ad esempio, alla possibilità di evitare i tempi ed i costi di un aumento di capitale.

Dopo un ampio dibattito, sia la dottrina che la giurisprudenza sono giunte concordemente a sostenerne la piena legittimità, ascrivendo l'operazione nella categoria dei **contratti atipici ex art. 1322 c.c.**⁶.

Qualificato il negozio tra società e socio finanziatore come atipico, vero è che l'operazione concreta attraverso la quale il finanziamento avviene assume, il più delle volte, i connotati di negozi tipici⁷, primo fra tutti il mutuo⁸.

Si sottolinea come la giurisprudenza prevalente tenda tuttavia a qualificare gli apporti economici dei soci come "contributi" e non come "finanziamenti" (prestiti), non attribuendo più, come in passato, valore discriminante alla denominazione dell'operazione effettuata, ma privilegiando un'indagine circa l'effettiva volontà dei soggetti⁹. Nell'ordinamento italiano si rinvengono una disciplina civile ed una fiscale dei finanziamenti ai soci: in relazione alla prima, si fa riferimento in particolare all'art. 2467 c.c. richiamato, in ambito di direzione e coordinamento nei gruppi societari, dall'art. 2497-*quinquies* (così come risultanti dalla riforma del diritto societario operata dal D.Lgs. n. 6/2003); in relazione alla seconda, si citano gli artt. 46 e 88 comma 4 del Tuir. L'art. 2467 c.c. prevede:

⁶ Cfr. G. Tantini, *I versamenti in conto capitale tra conferimenti e prestiti*, Milano, 1990, pagg. 2 e seguenti.

⁷ Cfr. P. Ferro Luzzi, *I versamenti in conto capitale*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1981, II, pagg. 895 e seguenti.

⁸ Per un approfondimento in tema di finanziamenti infragruppo cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing, op. cit.*, pagg. 1989 e seguenti.

⁹ Cfr., *ex multis*, Cass. n. 2314/1996, in "Società", 1996, pagg. 1267 e seguenti e in banca dati "fiscoonline".

“Il rimborso dei finanziamenti dei soci a favore della società è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori e, se avvenuto nell’anno precedente la dichiarazione di fallimento, deve essere restituito.

Ai fini del precedente comma si intendono finanziamenti dei soci a favore della società quelli in qualsiasi forma effettuati, che sono stati concessi in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell’indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento”.

La novella sembra prescindere completamente dalla volontà delle parti nell’imporre la postergazione dei finanziamenti dei soci, anche qualora questi abbiano stipulato formalmente un contratto di mutuo.

Per ciò che attiene prettamente alla disciplina fiscale, invece, l’art. 46 del Tuir introduce una **presunzione**, stabilendo che le somme versate a società commerciali e agli enti di cui all’art. 73, comma 1, lett. b) del Tuir (ma anche alle associazioni e ai consorzi) si considerano date a mutuo (oneroso) salvo che dai bilanci o dai rendiconti non risulti che siano state date a diverso titolo.

È evidente che a questa presunzione verrà automaticamente applicata quella ulteriore di cui all’art. 89, comma 5 del Tuir, per cui “(s)e la misura non è determinata per iscritto gli interessi si computano al saggio legale”.

A differenza della disciplina antecedente (contenuta nell’art. 43 del Tuir, nella versione che precede le modifiche apportate dal D.Lgs. n. 344/2003), per l’operazione in commento non è più richiesta la previa delibera assembleare né il requisito della proporzionalità dei conferimenti rispetto alle quote di partecipazione.

3. I c.d. “finanziamenti ascendenti”

I finanziamenti operati da una società controllante ad una società controllata (c.d. “*downstream*” o “discendenti”) costituiscono prassi consolidata nell’attività dei gruppi societari.

Meno pacifica è la qualificazione (e, in parte, la stessa ammissibilità) dei finanziamenti effettuati da una società “eterodiretta” alla società controllante (c.d. “*upstream*” o “ascendenti”)¹⁰.

La dottrina prevalente ritiene che il Legislatore

¹⁰ Cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, op. cit., pagg. 1989 e seguenti; A. Niutta, *Il finanziamento infragruppo*, Milano, 2000, pagg. 243 e seguenti; M. Miola, *Tesoreria accentrata nei gruppi di società e capitale sociale*, in *La struttura finanziaria e i bilanci delle società di capitali. Studi in onore di Giovanni E. Colombo*, Torino, 2011, pagg. 36 e seguenti.

del 2003, all’art. 2467 c.c. (richiamato dall’art. 2497-*quinquies* c.c. con riguardo ai gruppi di imprese), avesse in mente soltanto i finanziamenti ascendenti e che, pertanto, ove anche si ammettesse, nell’ordinamento italiano, la legittimità dei secondi, questi non dovrebbero essere assoggettati alla postergazione prevista dagli articoli citati.

Altro problema (di carattere preliminare) è individuare, caso per caso, quando i finanziamenti discendenti possano costituire “**finanziamenti anomali**”: a tal fine occorrerà di volta in volta verificare se l’operazione è conforme alle regole che disciplinano la gestione dell’attività di impresa e, soprattutto, alla normativa fiscale antielusiva.

Il finanziamento può essere qualificato anomalo da parte dell’Amministrazione finanziaria ogni qual volta non sia possibile individuare, ad esempio, una ragione giustificatrice (precipua- mente quelle espressamente previste, in ambito civilistico, all’art. 2467 c.c.) o, al contrario, si individui il tentativo di ottenere un indebito vantaggio di imposta.

4. L’art. 37-*bis* del D.P.R. n. 600/1973 e le “valide ragioni economiche”

Nell’ambito delle imposte dirette, l’art. 37-*bis* del D.P.R. n. 600/1973 costituisce, come è noto, la norma-guida per contrastare comportamenti elusivi tipici (indicati al comma 3) che il Legislatore ha ritenuto più frequenti nella pratica¹¹.

Quale sanzione ai comportamenti elusivi viene prevista, al primo comma, una generale inopponibilità all’Amministrazione finanziaria di tutte

¹¹ Per approfondimenti in tema di elusione fiscale e abuso del diritto cfr. P. Valente *Manuale di Governance fiscale*, op. cit., pagg. 1557 e seguenti; P. Valente, *Abuso del diritto - le recenti sentenze delle Sezioni Unite*, in “Quotidiano Ipsos” del 9 gennaio 2009; I. Caraccioli, *Nota a C.T.P. Milano n. 278/2006*, in “*Rubrica di Diritto Penale Tributario*”, 3/2009, pagg. 23 e seguenti.

quelle operazioni che, prive di valide ragioni economiche, sono (secondo l'Amministrazione finanziaria) volte ad aggirare obblighi o divieti dell'ordinamento tributario e ad ottenere, così, un indebito risparmio di imposta.

Il **comma 2** stabilisce le modalità di determinazione dell'imposta in caso di operazioni antielusive, ricollegandola alle disposizioni eluse al netto delle imposte dovute in base all'operazione inopponibile posta in essere.

Il **comma 3** individua la serie di condotte alla necessaria presenza delle quali la norma potrà essere applicata.

Secondo la dottrina prevalente, l'elenco, preceduto dalla premessa che "le disposizioni dei commi 1 e 2 si applicano a condizione che (...) siano utilizzate una o più delle seguenti operazioni", deve ritenersi tassativo¹².

Come evidenziato nella ris. dell'Agenzia delle Entrate n. 32/E del 23 marzo 2001¹³, l'art. 37-*bis* citato si applica dunque agli atti che siano insieme: a) diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento; b) privi di valide ragioni economiche; c) cui consegue un risparmio d'imposta.

Sempre l'Amministrazione finanziaria, nella precedente circ. n. 320/E del 1997¹⁴, ha sottolineato che l'inopponibilità prevista dalla norma antielusiva ha **efficacia limitata** al campo tributario, non essendo invece idonea ad intaccare la piena validità ed efficacia civilistica dei negozi posti in essere dai contribuenti.

Ciò che si vuole evitare non è, chiaramente, qualsiasi **risparmio d'imposta**, ma soltanto quello **"indebito"**, ossia giudicato deplorabile dall'ordinamento tributario e pertanto contrario ai suoi principi, primo fra tutti quello di "effettività" della capacità contributiva.

Può dirsi dunque che il contribuente potrà sicuramente scegliere di porre in essere operazioni alternative, ma sarà in ogni caso tenuto ad escludere tutte quelle operazioni che avranno come unico fine il risparmio di imposta¹⁵.

La norma in questione è stata introdotta con lo scopo di sanzionare **soltanto i comportamenti**

ti fraudolenti attraverso l'**inopponibilità** degli stessi all'Amministrazione finanziaria.

In realtà, anche per effetto di una mutevole giurisprudenza, essa ha sollevato problematiche applicative e dubbi riguardo l'effettivo rispetto del principio di tipicità delle sanzioni amministrative di cui all'art. 3 del D.Lgs. n. 472/1997 e, prima ancora, dell'art. 23 Cost.

La norma, infatti, prevedendo l'inopponibilità di atti che non avessero altre ragioni se non il risparmio di imposta, si è sganciata dall'elemento della "frode" in senso stretto, ravvisandosi l'elusione nell'oggettivo comportamento costituito dal porre in essere un atto fiscalmente meno oneroso di un altro.

In secondo luogo, il requisito dell'"assenza di valide ragioni economiche" ha perso la sua forza di essere, tenuto conto che la stessa Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha ritenuto **"abusiva"** quell'operazione tendente a conseguire, ancorché non in via esclusiva, un vantaggio fiscale¹⁶. Conseguentemente, pur in presenza di ragioni economiche sostenibili, è possibile individuare come abusiva un'operazione che abbia come scopo essenziale il conseguimento di un vantaggio fiscale.

Anche in tempi meno recenti, la giurisprudenza comunitaria ha ancorato la qualificazione delle condotte elusive all'assenza di valide ragioni economiche: si pensi alla nota causa C-255/2002 - *Halifax*¹⁷, sulla scorta della quale la Corte di Cassazione, anni dopo, ha elaborato il seguente principio di diritto¹⁸:

¹⁵ Per un approfondimento in materia di "tax planning" e "aggressive tax planning", cfr., P. Valente, *Manuale di Governance fiscale*, op. cit., pagg. 1801 e seguenti; P. Valente, *Cooperazione internazionale e principi comunitari in tema di lotta a frode fiscale, evasione e tax planning aggressivo*, in "il fisco" n. 47/2012, fascicolo n. 1, pag. 7535; P. Valente, *Tax governance e gestione del compliance risk*, in "Corriere Tributario" n. 35/2011; P. Valente, "Linee Guida OCSE sulle multinazionali: tax compliance e rispetto dello spirito della legge", in "Corriere Tributario" n. 41/2011; P. Valente, "Aggressive tax planning: esame del Rapporto OCSE sulle iniziative di tax governance", in "il fisco" n. 18/2011, fascicolo n. 1, pag. 2850.

¹⁶ Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione europea, sentenza C-425/2006. Per approfondimenti, cfr. P. Valente, *Manuale di Governance fiscale*, op. cit., pagg. 2075 e seguenti; R. Betti-G. Sbaraglia, *L'abuso del diritto in materia tributaria: la giurisprudenza comunitaria*, in "il fisco" n. 39/2011, fascicolo n. 1, pag. 6381.

¹⁷ In banca dati "fisconline".

¹⁸ Per approfondimenti sulla sentenza Halifax cfr. P. Valente, *Esterovestizione e residenza*, op. cit., pag. 195.

¹² Cfr. M. Beghin, *Alla ricerca di punti fermi in tema di elusione fiscale e abuso del diritto tributario*, in "Bollettino Tributario", 2009, 19, pag. 1416, il quale nega che l'art. 37-*bis* costituisca una norma generale antielusiva; G. Tabet, *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, in "Bollettino Tributario", 2009, 2, pag. 86.

¹³ In banca dati "fisconline".

¹⁴ In banca dati "fisconline".

“non hanno efficacia nei confronti dell'Amministrazione finanziaria quegli atti posti in essere dal contribuente che costituiscano ‘abuso di diritto’, cioè che si traducano in operazioni compiute essenzialmente per il conseguimento di un vantaggio fiscale; ed incombe sul contribuente fornire la prova della esistenza di ragioni economiche alternative o concorrenti di carattere non meramente marginale o teorico”¹⁹.

La giurisprudenza, al fine di delineare i confini dell'elusività, ha introdotto vere e proprie presunzioni: si pensi alla sentenza n. 21540/2005, con cui la Corte di Cassazione ha stabilito che i versamenti effettuati da soci a favore della società si presumono **fruttiferi**, con conseguente rafforzamento della presunzione già contenuta nell'art. 89, comma 5, del Tuir.

In base a questa ricostruzione, si potrebbe ravvisare l'“antieconomicità” (*rectius*, l'elusione) ogni qual volta a un finanziamento non sia corrisposta una restituzione fruttifera. Sarà il contribuente a dover addurre la prova della gratuità dell'operazione.

In linea più generale, spetterà al contribuente provare che l'operazione posta in atto ha una **valida ragione economica** e, come si vedrà nel prosieguo, non sarà sufficiente fare riferimento alla qualificazione giuridica del negozio, bensì potrà rendersi necessario dimostrare le **effettive esigenze** ad esso sottese.

5. Le dottrine del “business purpose” e della “substance over form”: la sentenza 293 U.S. 465(1935) - “Gregory vs Helvering” della Corte Suprema degli Stati Uniti

Il limitarsi all'utilizzo di un negozio fiscalmente meno oneroso di un altro non giustifica, *ex se*, il risparmio di imposta se a ciò non si accompagnano valide ragioni economiche.

A ben vedere, pertanto, siffatto utilizzo sarà di per sé sufficiente a presumere un comportamento elusivo da parte del contribuente.

Al fine di dimostrare la liceità del proprio operato, al contribuente occorre spesso superare i confini degli istituti civilistici (della loro causa negoziale) ed essere in grado di ricostruire, di fronte all'Ufficio, la vera *ratio* delle operazioni poste in essere.

Una tappa fondamentale al riguardo va individuata nella nota sentenza 293 U.S. 465(1935),

¹⁹ Cfr. Cass., Sez. V, n. 8772/2008.

Gregory vs Helvering, della Corte Suprema degli Stati Uniti, dove vengono sancite le dottrine del “substance over form” e del “business purpose”.

Nel caso sottoposto alla Suprema Corte, una contribuente, azionista unica della società A, la quale a sua volta controllava totalmente la società B, ha costituito una terza società C a cui ha poi ceduto, tramite A, tutte le azioni di B, in cambio dello *stock* patrimoniale di C.

Successivamente, la società C è stata posta in liquidazione e il suo attivo – rappresentato di fatto dalle azioni di B – è stato distribuito alla contribuente, la quale ha qualificato tale incremento come frutto di un'operazione di concentrazione della società C nella società B, tramite cessione di azienda e, per legge, non soggetto a tassazione.

Il Procuratore statunitense delle imposte, ritenendo che la costituzione della società C non avesse una reale giustificazione economica, ha considerato la distribuzione delle azioni di B quale dividendo direttamente percepito dalla società e, di conseguenza, ha sottoposto lo stesso a tassazione. Chiamata ad intervenire, la Corte Suprema, analizzando i fatti inerenti la riorganizzazione aziendale *de qua*, ha enunciato il principio secondo cui l'operazione, per essere legittima, deve essere sorretta da un “business purpose” e non solamente dall'intento, sia pure in sé legittimo, di realizzare un risparmio d'imposta²⁰.

Dal concetto di “business purpose” discende direttamente quello già menzionato della prevalenza della sostanza sulla forma (“substance over form”), il quale prevede che, al fine di determinare il regime fiscale di un'operazione deve aversi riguardo non al negozio giuridico formalmente utilizzato (“form”), bensì agli effetti (“substance”) che con esso si intendono realmente conseguire.

La decisione citata ha sancito ciò che, attraverso un lungo percorso, è stato posto alla base (anche) della disciplina antielusiva interna di cui all'art. 37-*bis* del D.P.R. n. 600/1973.

²⁰ Sul caso “Gregory vs Helvering”, cfr. anche Morello U., *Frode alla legge*, in “Annuario della Facoltà di Giurisprudenza”, Genova, 1969, numero 20.

6. La decisione della C.T.R. della Lombardia del 12 settembre 2012, n. 129/02/12

6.1. Il fatto

Nel caso in questione, una società per azioni (“società A”) ha ricevuto un avviso di accertamento in relazione al periodo di imposta 2005, volto al recupero a tassazione di maggiori imposte ai fini Ires.

L’avviso ha tratto origine da un Processo Verbale di Constatazione (Pvc) dell’Agenzia delle Entrate redatto a seguito di una verifica effettuata nei confronti di una controllata della società A (“società B”).

Il predetto PVC non è stato notificato alla società A (controllante della verificata).

L’Ufficio ha ritenuto che la società A (controllante) avesse ricevuto un finanziamento anomalo dalla società B (controllata), e che l’anomalia riguardasse sia l’aspetto civile che quello fiscale. Ciò sarebbe confermato dal fatto che non sono state previste forme né termini per la restituzione; ciò ha portato l’Amministrazione finanziaria a presumere che si trattasse di veri e propri conferimenti tassabili.

Secondo l’Ufficio, il finanziamento sarebbe stato posto in essere per eludere la tassazione a fini Ires; pertanto, esso ha provveduto a riqualificare l’erogazione come sopravvenienza attiva in capo alla società controllante (società A) con conseguente recupero a tassazione della maggiore imposta Ires oltre ad interessi e sanzioni.

Denegato l’annullamento in autotutela e non avendo avuto l’adesione esito positivo, la società A ha proposto ricorso presso la Commissione Tributaria Provinciale di Milano (di seguito, anche “C.T.P.”), che lo ha rigettato.

È stata quindi adita la C.T.R. dinanzi alla quale è stata sostenuta, nel merito, l’errata interpretazione dell’art. 88, comma 4 del Tuir e la presenza di valide ragioni economiche dell’operazione.

6.2. La motivazione

La Commissione Tributaria Regionale ha ritenuto di accogliere le doglianze del contribuente per due ordini di ragioni.

Innanzitutto la qualificazione, condivisa dalla sentenza di primo grado, che l’Ufficio ha effettuato dell’operazione, come sopravvenienza attiva, non può essere sostenuta, dal momento che l’art. 88, comma 4, del Tuir espressamente prevede che “non si conside-

rano sopravvenienze attive i versamenti in denaro o in natura fatti a fondo perduto o in conto capitale alle società e agli enti di cui all’art. 72, comma 1, lett. a) e b), da propri soci”.

A sostegno di tale considerazione i giudici di appello hanno richiamato il dato per cui nel 2007 le società A e B si sono fuse: ciò ha comportato, fisiologicamente, l’estinzione di tutte le partite debitorie e creditorie tra i due soggetti.

La fusione, peraltro, è avvenuta senza aumento di capitale e senza conguaglio in denaro, possedendo la società A l’intero capitale della società B.

In secondo luogo, la C.T.R. non ha condiviso la ricostruzione formalistica della sentenza di primo grado, per la quale l’erogazione di un finanziamento avrebbe dovuto essere preceduta da rispettive delibere da parte degli organi di entrambe le società; tale ricostruzione formalistica, ad avviso dei giudici di secondo grado, ha impedito alla C.T.P. di ravvedere l’effettiva ragione economica sottesa all’operazione.

Si è rilevato infatti che l’unico azionista della società A era altresì Presidente del CdA della società controllata B, concentrando in sé dunque tutti i poteri, anche quelli di straordinaria amministrazione.

Secondo la C.T.R., il finanziamento ha permesso, ad entrambe le società, la riduzione di oneri finanziari: la società B, avendo ottenuto delle licenze urbanistiche, era riuscita ad “accendere” un mutuo ipotecario a condizioni più vantaggiose di quello acceso dalla sua controllante, cosicché quest’ultima, per estinguere il finanziamento più oneroso, ha attinto alla liquidità della controllata.

6.3. Osservazioni conclusive

La motivazione della C.T.R. della Lombardia si snoda secondo due ordini di ragionamento:

- i **“finanziamenti ascendenti” rientrano nell’art. 88, comma 4, del Tuir.**

Il primo aspetto della sentenza consiste proprio nell’aver interpretato, attraverso una ricostruzione sistematica, il comma 4 dell’art. 88, il quale viene riferito anche ai finanziamenti ascendenti.

La norma, a ben vedere, esclude dal novero delle sopravvenienze attive “i versamenti in denaro o in natura fatti a fondo perduto o in conto capitale alle società e agli enti (...) dai propri soci e la rinuncia dei soci ai crediti (...)”: emerge *ictu oculi* il riferimento ai finan-

ziamenti effettuati da una società che detenga partecipazioni in un'altra; nel caso di partecipazioni qualificate, la norma, letteralmente, si riferisce solo ai finanziamenti dalla società controllante alla società controllata.

La decisione in commento riconduce sotto la disciplina dell'art. 88, comma 4, del Tuir anche i finanziamenti ascendenti, ossia quelli effettuati da una società controllata ad una società controllante.

Sul punto, si può osservare una sostanziale differenza tra l'approccio della dottrina (e della giurisprudenza) tributaria e quello della dottrina (e della giurisprudenza) civilistica.

Quest'ultima, infatti, seppur in ambito di postergazione dei crediti, non ritiene assimilabili le due ipotesi di finanziamento e conseguentemente limita l'applicabilità degli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c. ai soli finanziamenti c.d. "discendenti" (da controllante a controllata).

- eventuali **anomalie contrattuali non sono sufficienti a disconoscere l'economicità di un finanziamento.**

La Commissione Tributaria Provinciale ha ritenuto che il finanziamento avrebbe dovuto essere preceduto da delibere *ad hoc* da parte degli organi di entrambe le società.

È interessante osservare come i giudici d'appello abbiano deciso di non condividere questa ricostruzione, e abbiano fatto ciò in nome

di una maggiore attenzione alla sostanza delle operazioni.

È proprio qui che la sentenza della Commissione Tributaria Regionale richiama implicitamente i principi della "sostanza sulla forma" e del "*business purpose*".

L'applicazione dei suddetti principi ha favorito le tesi del contribuente e non dell'Amministrazione finanziaria, contrariamente a quanto verificatosi nella decisione *Gregory vs Helvering* della Corte Suprema statunitense.

La Commissione Tributaria Regionale non si è limitata a statuire che l'operazione dovesse essere considerata economicamente valida, ma ha puntualmente provveduto ad individuare gli effettivi vantaggi conseguiti dal gruppo societario, in primis, il risparmio su oneri finanziari sostenuti dalla controllante, che non può che aver complessivamente migliorato la situazione economica del gruppo stesso²¹.

²¹ Si noti da ultimo che, come è stato osservato dal contribuente in giudizio, oltre alla sussistenza di una valida ragione economica (già sufficiente, di per sé, ad annullare l'accertamento), è stato altresì posto in essere un comportamento favorevole all'Amministrazione finanziaria, dal momento che, avendo la società controllante potuto risparmiare con riguardo agli oneri finanziari, un minore ammontare è stato portato in deduzione a titolo di interessi passivi.