

La decisione della Corte di Giustizia CE

## **Direttiva n. 90/434/CEE e nozione di valide ragioni economiche**

La sussistenza della presunzione di "evasione o frode fiscale" non può basarsi su principi di carattere generale. Le autorità fiscali nazionali devono accertare che le operazioni poste in essere dalle società coinvolte non abbiano l'obiettivo dell'evasione e della frode fiscale, procedendo ad un'analisi cd. case by case. È quanto emerge dalla sentenza del 10 novembre 2011 della Corte di Giustizia delle Comunità europee (C-126/10).

*di Piergiorgio Valente, Caterina Alagna - Valente Associati GEB Partners*

La legislazione comunitaria e quella nazionale

L'art. 6 della direttiva n. 90/434/CE, con riferimento al trasferimento in capo alla società beneficiaria delle perdite della società conferente, prevede che:

"Se gli Stati membri applicano, per le operazioni di cui all'articolo 1 effettuate tra società dello Stato della società conferente, disposizioni che consentono la presa a carico, da parte della società beneficiaria, delle perdite della società conferente non ancora ammortizzate dal punto di vista fiscale, essi estendono il beneficio di tali disposizioni alla presa a carico, da parte delle stabili organizzazioni della società beneficiaria situate sul loro territorio, delle perdite della società conferente non ancora ammortizzate dal punto di vista fiscale".

Al fine di contrastare eventuali operazioni elusive, l'art. 11 della direttiva, al punto n. 1, prevede 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 fiscale;

L'art. 69 del codice portoghese delle imposte sulle società ("Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas", di seguito "CIRC"), ai punti n. 7 e 10, prevede che:

"7. Il regime speciale istituito nella presente sezione si applica alle operazioni di fusione e di scissione di società e di conferimento d'attivo, come definite ai nn. 1 e 3, in cui intervengono:

a) società aventi la loro sede o la loro direzione effettiva sul territorio portoghese, assoggettate all'imposta sulle società e non esonerate, il cui utile imponibile non è determinato dal regime semplificato;

b) una o più società di altri Stati membri dell'Unione europea, purché tutte le società soddisfino le condizioni previste dall'art. 3 della direttiva n. 90/434; (...)

10. Il regime speciale istituito non si applica né totalmente né parzialmente allorché appare che le operazioni rientranti in detto regime hanno come obiettivo principale o come uno degli obiettivi principali l'evasione fiscale, il che si può considerare dimostrato, in particolare, nel caso in cui gli utili delle società di cui trattasi non sono assoggettati totalmente al medesimo regime di imposta sulle società o allorché le operazioni non sono state realizzate per valide ragioni economiche, come la ristrutturazione o la razionalizzazione delle attività delle società che vi partecipano, nel qual caso si procede, eventualmente, alle liquidazioni aggiuntive corrispondenti all'imposta".

Con riferimento alla possibilità di trasferire le perdite fiscali delle società che partecipano alla fusione in capo alla società incorporante, l'art. 69 del CIRC dispone che:

"1. Le perdite fiscali delle società che procedono alla fusione possono essere dedotte dagli utili imponibili della nuova società o della società incorporante (...) a condizione che sia accordata l'autorizzazione del Ministro delle Finanze (...).

2. L'autorizzazione è concessa solo se si dimostra che la fusione è realizzata per valide ragioni economiche, come la ristrutturazione o la razionalizzazione delle attività delle società partecipanti, e che essa si inserisce in una strategia di riorganizzazione e di sviluppo dell'impresa a medio e lungo termine, con effetti positivi sulla struttura produttiva; tutti gli elementi necessari o opportuni devono essere forniti a tal fine, per ottenere una perfetta conoscenza dell'operazione in questione, sotto il profilo tanto economico quanto giuridico".

### **Il fatto e le questioni pregiudiziali**

Foggia SGPS è una società di diritto portoghese attiva nel settore della gestione di partecipazioni sociali. Attraverso un'operazione di fusione, avvenuta il 29 settembre 2003, ha incorporato tre società di gestione di partecipazioni sociali appartenenti allo stesso gruppo.

Con domanda del 28 novembre 2003, la società ha richiesto al Secretário de Estado portoghese di poter dedurre dal proprio utile imponibile le perdite fiscali delle società incorporate.

Il Secretário de Estado ha accolto solo parzialmente la richiesta della società Foggia SGPS, concedendo la possibilità di dedurre le perdite di due società incorporate soltanto e negando, con decisione del 6 ottobre 2004, il trasferimento delle perdite fiscali della società incorporata Riguadiana - SGPS SA, ritenendo che la fusione con la suddetta società non sia giustificata da alcun interesse economico.

Il 24 gennaio 2005, Foggia SGPS ha proposto ricorso amministrativo speciale dinanzi al Tribunal Central Administrativo Sul per ottenere l'annullamento della decisione del Secretário de Estado e, conseguentemente, l'autorizzazione al trasferimento delle perdite. Il giudice portoghese ha, però, respinto il ricorso.

Il 3 dicembre 2008, Foggia SGPS ha impugnato detto ricorso dinanzi al Supremo Tribunal Administrativo, il quale ha deciso di sospendere il procedimento e sottoporre alla Corte di Giustizia le seguenti questioni pregiudiziali:

"1) Quale sia il significato e la portata dell'art. 11, n. 1, lett. a), della direttiva con particolare riferimento al contenuto delle espressioni "valide ragioni economiche" e "ristrutturazione o la razionalizzazione delle attività" delle società partecipanti ad operazioni rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva.

2) Se risulti compatibile con la citata disposizione comunitaria il criterio applicato dall'amministrazione tributaria, secondo cui non esistevano serie ragioni economiche che potessero giustificare la domanda presentata dalla società incorporante affinché le fosse riconosciuta la trasferibilità delle perdite fiscali, e in merito alla quale l'amministrazione tributaria ha ritenuto che se da un lato la fusione poteva certamente produrre un effetto positivo in termini di struttura di costi del gruppo, dall'altro l'esistenza di un interesse economico alla fusione da parte della società incorporante non era evidente, tenuto conto del fatto che la società incorporata non aveva svolto alcuna attività in qualità di società di gestione di partecipazioni sociali, non possedeva alcuna partecipazione finanziaria e trasferiva solo perdite elevate".

### **La pronuncia della Corte di Giustizia**

Secondo la Corte di Giustizia, il regime tributario istituito dalla direttiva comporta alcune agevolazioni fiscali (in particolare, il differimento della tassazione sulle plusvalenze) e si applica indistintamente a tutte le operazioni di fusione, scissione, conferimento di attivo e scambio di azioni, a prescindere dai motivi dell'operazione, siano essi finanziari, economici o puramente fiscali.

Tuttavia, la Corte di Giustizia rammenta che, ai sensi dell'art. 11, n. 1, lett. a) della direttiva, gli Stati membri, eccezionalmente e in casi particolari, possono rifiutare l'applicazione, in tutto o in parte, delle disposizioni della direttiva o revocarne il beneficio quando l'operazione di scambio di azioni abbia, in particolare, come obiettivo principale o come uno degli obiettivi principali, la frode o l'evasione fiscale.

La mancanza di valide ragioni economiche, quali la ristrutturazione o la razionalizzazione delle attività delle società partecipanti all'operazione, consente di presumere che l'operazione abbia come obiettivo l'evasione o la frode fiscale. Di conseguenza, un'operazione di fusione volta a conseguire esclusivamente un'agevolazione fiscale non può essere considerata effettuata per una valida ragione economica.

La Corte di Giustizia ha però ribadito che la sussistenza della presunzione di "evasione o frode fiscale" non può basarsi su principi di carattere generale; difatti, le autorità fiscali nazionali devono accertare che le

operazioni poste in essere dalle società coinvolte non abbiano l'obiettivo dell'evasione e della frode fiscale, procedendo ad un'analisi cd. case by case .

Nel caso di specie, il giudice del rinvio evidenzia che la società incorporata, al momento dell'operazione di fusione, non esercita alcuna attività, non detiene partecipazioni finanziarie e trasferisce alla società incorporante perdite fiscali di elevato valore. Inoltre, sottolinea che l'operazione di fusione ha effetti positivi, in termini di costi strutturali per il gruppo, in quanto comporta la riduzione delle spese amministrative e di gestione. Nel caso in esame, è pertanto necessario valutare se tale effetto positivo possa essere considerato "valida ragione economica" ai sensi dell'art. 11, n. 1 , lett. a) della direttiva.

Il suddetto articolo ha carattere derogatorio rispetto alle norme tributarie disposte dalla direttiva, e in quanto tale, deve essere interpretato restrittivamente.

In linea di principio, la ristrutturazione di un gruppo societario, attraverso operazioni di fusione, che abbia il fine di ottimizzare e ridurre i costi strutturali del gruppo può essere considerata "effettuata per valide ragioni economiche". Tuttavia, nel caso di specie, emerge che il risparmio in termini di costi è del tutto marginale rispetto all'agevolazione fiscale ottenuta .

La Corte di Giustizia conclude quindi che l'art. 11, n. 1, lett. a), della direttiva deve essere interpretato nel senso che,

"nel caso di un'operazione di fusione tra due società di uno stesso gruppo, può costituire una presunzione che tale operazione non è stata effettuata per valide ragioni economiche ai sensi di tale disposizione il fatto che, al momento dell'operazione di fusione, la società incorporata non esercita alcuna attività, non detiene alcuna partecipazione finanziaria e si limita a trasferire alla società incorporante solo perdite fiscali di importo elevato e di origine indeterminata, anche se tale operazione ha un effetto positivo in termini di economia di costi strutturali per tale gruppo.  
Spetta al giudice del rinvio verificare se, alla luce dell'insieme delle circostanze che caratterizzano la controversia di cui è investito, nell'ambito di detta controversia sussistano gli elementi costitutivi della presunzione di frode o di evasione fiscale ai sensi di detta disposizione".

*Copyright © - Riproduzione riservata*

[Corte di Giustizia UE, sentenza 10/11/2011, C-126/10](#)