

Civile Sent. Sez. 5 Num. 8715 Anno 2020

Presidente: SORRENTINO FEDERICO

Relatore: D'ORAZIO LUIGI

Data pubblicazione: 11/05/2020

SENTENZA

21/05/2020

sul ricorso iscritto al n. 8644/2013 R.G. proposto da Impregilo s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Giancarlo Zoppini, dall'Avv. Giuseppe Russo Corvace e dall'Avv. Giuseppe Pizzonia, elettivamente domiciliata presso lo studio dell'Avv. Giancarlo Zoppini in Roma, Via della Scrofa n. 57, giusta procura speciale a margine del ricorso

- ricorrente -

l
Cons.Est. Luigi D'Orazio



RGN 8644 2013

contro

Agenzia delle Entrate, in persona del Direttore pro-tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, via dei Portoghesi n. 12 è domiciliata s.p.a.,

– *controricorrente*–

avverso la sentenza della Commissione Tributaria Regionale della Lombardia, n. 12/33/2012 depositata l'8 febbraio 2012.

Udita la relazione svolta nella pubblica udienza del 17 gennaio 2020 dal Consigliere Luigi D'Orazio;

udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore generale dott. Tommaso Basile, che ha concluso chiedendo il rigetto del ricorso

udito l'Avv. Laura Puddu, per delega dell'Avv. Giancarlo Zoppini, per la società ricorrente e l'Avv. Paolo Gentili, per l'Avvocatura Generale dello Stato

FATTI DI CAUSA

1. La Commissione tributaria regionale della Lombardia rigettava l'appello proposto dalla Impregilo s.p.a., consolidante, avverso la sentenza della Commissione tributaria provinciale di Milano che aveva respinto il ricorso proposto dalla contribuente nei confronti dei quattro avvisi di accertamento, di primo e secondo livello, emessi nei suoi confronti dalla Agenzia delle entrate, per gli anni 2004 e 2005, ai fini Ires, in relazione alle partecipazioni della contribuente in tre società con sede all'estero, e segnatamente la Impregilo y Asociados Panama Sa, con sede a Panama (svalutazione per € 9.683.212,00), la Impresit Bakolor Plc, con sede in Nigeria (svalutazione per € 1.964.107,00), e la PGH Ltd con sede in Nigeria (svalutazione per € 372.978,00). In particolare, il giudice di appello evidenziava che gli avvisi di accertamento non

2

Cons.Est. Luigi D'Orazio



RGN 8644 2013

erano viziati per il mancato riferimento alla memoria del contribuente depositata nel corso della verifica. Inoltre, non era fondata l'eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 61, comma 3-bis, del d.P.R. 917/1986, il quale prevede che le riduzioni di valore delle partecipazioni in società non appartenenti alla Comunità Europea non sono ammesse nel caso in cui non siano in vigore accordi che consentano all'Amministrazione finanziaria di acquisire le informazioni necessarie per l'accertamento delle condizioni ivi previste; poiché a Panama ed in Nigeria non vi erano accordi con l'Italia non era possibile tenere conto di tali svalutazioni, con appostazione al conto economico tramite accantonamenti "fondo svalutazioni partecipazioni immobilizzate", per un importo pari ad € 12.020.296,00 né poteva la contribuente fornire la prova della sussistenza di tali svalutazioni con la produzione di bilanci, anche se certificati. Neppure poteva tenersi conto della circostanza che, per l'anno 2003, era stata contestata solo la deducibilità integrale della minusvalenza nella partecipazione SGF-INc s.p.a., ma era stata riconosciuta la deducibilità nei limiti di 1/5 dell'importo accertato, ai sensi dell'art. 1, comma 1, lettera b, del d.l. 24 settembre 2002, n. 209, convertito in legge 22 novembre 2002, n. 265, in quanto i rilievi relativi al 2003 non erano ancora oggetto di una sentenza definitiva. Le sanzioni, infine, erano dovute in quanto il reddito dichiarato era inferiore a quello accertato.

2. Avverso tale sentenza propone ricorso per cassazione la società, depositando memoria scritta con richiesta di pronuncia di cessazione della materia del contendere sui motivi quarto e quinto.

3. Resiste con controricorso l'Agenzia delle entrate.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo di impugnazione la società deduce "illegittimità della sentenza impugnata nella parte in cui ha respinto la doglianza afferente al difetto di motivazione degli avvisi di accertamento in giudizio per omessa considerazione della memoria istruttoria presentata dalla società. La sentenza

3
Cons.Est. Luigi D'Orazio

RGN 8644 2013

è in *parte qua* viziata, per violazione e falsa applicazione del combinato disposto degli artt. 12, comma 7, legge 212 del 2000, 42, secondo comma, d.P.R. 600/1973, 3, 10 e 21-septies, legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché dell'art. 24 Cost., in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3, c.p.c.", in quanto in nessuno dei quattro avvisi di accertamento, due di primo livello e due di secondo livello, rispettivamente per gli anni 2004 e 2005, l'Agenzia delle entrate ha tenuto conto e richiamato le osservazioni della contribuente contenute nella memoria depositata nel corso della verifica, con conseguente nullità di tutti gli avvisi. In particolare, l'art. 12, comma 7, legge 212/2000 prevede espressamente che l'Ufficio debba "valutare" le "osservazioni" e le "richieste" formulate dal contribuente entro il termine dilatorio di sessanta giorni che deve intercorrere tra il rilascio della copia del verbale delle operazioni di chiusura e la notifica dell'avviso di accertamento. Nel caso di specie, è decorso il termine di sessanta giorni, ma l'Agenzia delle entrate non ha richiamato nella motivazione dei quattro avvisi di accertamento, di primo e di secondo livello, le osservazioni della contribuente contenute nella memoria depositata nel corso della verifica.

1.1. Tale motivo è infondato.

Invero, per questa Corte, in tema di imposte sui redditi e sul valore aggiunto, è valido l'avviso di accertamento che non menzioni le osservazioni presentate dal contribuente ai sensi dell'art. 12, comma 7, della l. n. 212 del 2000, atteso che la nullità consegue solo alle irregolarità per cui essa sia espressamente prevista dalla legge, oppure, in difetto di previsione, allorché ricorra una lesione di specifici diritti o garanzie tali da impedire la produzione di effetti da parte dell'atto cui ineriscono (Cass., sez. 5, 24 febbraio 2016, n. 3583; Cass., sez. 6-5, 31 marzo 2017, n. 8378; Cass., sez. 5, 14 ottobre 2016, n. 20781; Cass., sez. 5, 3 agosto 2016, n. 15616).

Invero, solo nella seconda parte dell'art. 12, comma 7, legge 212/2000, e quindi in caso di mancato rispetto del termine dilatorio di sessanta giorni, è prevista la sanzione della nullità dell'avviso di accertamento, mentre nella

4
Cons.Est. Luigi D'Orazio



RGN 8644 2013

prima parte dell'art. 12, comma 7, citato, all'obbligo dell'Amministrazione finanziaria di "valutare" le osservazioni del contribuente (cui l'imposizione del termine dilatorio, questa sì a pena di nullità, è strumentale) non si aggiunge l'ulteriore obbligo di esplicitare detta valutazione nell'atto impositivo, a pena di nullità.

Né tale radicale sanzione può desumersi dal disposto del previgente articolo 42, secondo comma, del d.P.R. 600/1973, laddove prevede che "l'avviso di accertamento deve recare l'indicazione dell'imponibile o degli imponibili accertati, delle aliquote applicate e delle imposte liquidate, al lordo ed al netto delle detrazioni, delle ritenute di acconto e dei crediti di imposta, e deve essere motivato in relazione ai presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che lo hanno determinato e in relazione a quanto stabilito dalle disposizioni di cui ai precedenti articoli che sono state applicate, con distinto riferimento ai singoli redditi delle varie categorie e con la specifica indicazione dei fatti e delle circostanze che giustificano il ricorso a metodi induttivi o sintetici e delle ragioni del mancato riconoscimento di deduzioni e detrazioni".

Inoltre, si rileva che solo in alcune specifiche fattispecie il legislatore ha previsto che l'avviso di accertamento debba essere espressamente motivato tenendo conto delle ragioni esposte dal contribuente. L'art. 37-bis d.P.R. 600/1973, infatti, prevede al quinto comma che "l'avviso di accertamento deve essere specificamente motivato, a pena di nullità, in relazione alle giustificazioni fornite dal contribuente". Allo stesso modo l'art. 10-bis della legge 212/2000, che ha sostituito l'art. 37-bis citato, dispone, al comma 8, che "l'atto impositivo è specificamente motivato, a pena di nullità, in relazione alla condotta abusiva, alle norme o ai principi elusi, agli indebiti vantaggi fiscali realizzati, nonché ai chiarimenti forniti dal contribuente nel termine di cui al comma 6". L'art. 7 della legge 413/1991, poi, prevede che "gli uffici possono, previa richiesta per lettera raccomandata al contribuente di chiarimenti da inviare per iscritto entro sessanta giorni, a pena di decadenza ai fini dell'accertamento, determinare induttivamente l'ammontare dei ricavi". Per le

5
Cons.Est. Luigi D'Orazio



RGN 8644 2013

società che si presumono non operative l'art. 30 della legge 724 del 1994, nel testo anteriore al 2006, prevede che "tale accertamento è effettuato, a pena di nullità, previa richiesta al contribuente, anche per lettera raccomandata, di chiarimenti da inviare per iscritto entro sessanta giorni dalla data di ricezione della richiesta".

2. Con il secondo motivo di impugnazione la ricorrente deduce "illegittimità della sentenza impugnata nella parte in cui ha confermato la pretesa fiscale sulla indeducibilità della svalutazione di partecipazioni in società controllate estere residenti in Paesi con i quali non sono stati stipulati accordi sullo scambio di informazioni. La sentenza è in parte qua viziata, per violazione e falsa applicazione del combinato disposto degli artt. 61, comma-3 bis, d.P.R. n. 917/1986, citato, nella versione pro tempore vigente e 12, primo comma, preleggi al codice civile, in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3, c.p.c.", in quanto poiché la *ratio* dell'art. 61, comma 3-bis, d.P.R. 917/1986, è quella di evitare, in un'ottica antielusiva, che venga dedotto in Italia un componente negativo di reddito a fronte di una perdita di valore non verificabile da parte del fisco italiano, in quanto la partecipazione riguarda una società che si trova in un Paese fuori dalla UE, in assenza di accordi tra Stati che consentano all'amministrazione finanziaria di acquisire le informazioni necessarie per valutare l'effettiva sussistenza della minusvalenza dichiarata. Nella specie, la contribuente ha prodotto i bilanci relativi alle tre società partecipate, con sede in Panama ed in Nigeria, da cui possono desumersi con certezza ed effettività le perdite subite da tali società negli anni 2004 e 2005. Della norma citata, quindi, deve essere data una interpretazione costituzionalmente orientata, in ragione degli artt. 3 e 53 della Costituzione, in modo da consentire al contribuente di fornire alla amministrazione finanziaria la "prova contraria" in ordine alla effettiva esistenza delle perdite e quindi della svalutazione delle suddette partecipazioni societarie. L'interpretazione letterale della norma, fatta propria dal giudice di appello, che non consente in alcun modo alla contribuente di tenere conto delle svalutazioni delle società estere partecipate,

6
Cons.Est. Luigi D'Orazio



RGN 8644 2013

solo perché hanno sede in Stati fuori dalla UE, in assenza di accordi che consentano all'amministrazione finanziaria di acquisire informazioni per l'accertamento della sussistenza di tali svalutazioni per perdite, sarebbe in contrasto con il principio di uguaglianza. Infatti, alle stesse condizioni (certezza oggettiva delle perdite della partecipata) un'altra società può procedere alla svalutazione della partecipazione in una società italiana o in una società residente in un Paese che garantisce lo scambio di informazioni, mentre la società che ha le partecipazioni in una società extra Ue, priva di accordi tra Stati, quanto allo scambio di informazioni, non potrebbe dedurre le svalutazioni, pur essendo esse effettive, con violazione anche del principio della capacità contributiva effettiva.

Tra l'altro, la controllata panamense ha compilato il quadro FC del Modello Unico delle società di capitali, consentendo, quindi, alla amministrazione finanziaria di acquisire le informazioni necessarie all'accertamento dei componenti di redditi derivanti dai rapporti con la controllata. La Impresit Plc è una società quotata in borsa in Nigeria, a Lagos, quindi sottoposta a periodiche verifiche e controlli circa la propria consistenza patrimoniale e l'effettivo svolgimento di una attività di impresa. Sono stati, poi, prodotti dalla contribuente i bilanci certificati di ciascuna società partecipata, nonché i prospetti di determinazione del valore civilistico e fiscale delle partecipazioni, con il calcolo delle svalutazioni deducibili. In subordine, la società sollevata la questione di legittimità costituzionale per violazione degli articoli 3 e 53 Costituzione, ritenendo la questione non manifestamente infondata e rilevante ai fini della decisione.

2.1. Il motivo è fondato.

2.2. Invero, l'art. 61, comma 3, lettera b, del d.P.R. 917/1986 (valutazione dei titoli, ora art. 94), all'epoca vigente, prevede che "ai fini dell'applicazione del comma 4 dell'articolo 59, il valore minimo è determinato:...b) per le azioni e titoli similari non negoziati in mercati regolamentati italiani o esteri, riducendo il valore unitario determinato a norma dei commi 2, 3 e 3-bis dello stesso

7
Cons.Est. Luigi D'Orazio



RGN 8644 2013

articolo in misura proporzionalmente corrispondente alle diminuzioni patrimoniali risultanti dal confronto fra l'ultimo bilancio regolarmente approvato dalle società o enti emittenti anteriormente alla data in cui le azioni vennero acquistate e l'ultimo bilancio o, se successivo, le deliberazioni di riduzione del capitale per perdite”.

Il comma 3-bis, dell'art. 61, introdotto dal d.l. 29 giugno 1993, n. 415, convertito con modificazioni dalla legge 8 agosto 1994, n. 503, applicabile a decorrere dal periodo di imposta in corso alla data del 30 dicembre 1993, dispone, poi, che “le riduzioni di valore di cui alla lettera b), del comma 3, relative ad azioni e titoli similari emessi da società ed enti residenti in Stati non appartenenti alla Comunità europea sono ammesse, sempre che siano in vigore accordi che consentano all'Amministrazione finanziaria di acquisire le informazioni necessarie per l'accertamento delle condizioni ivi previste”.

2.3. Una interpretazione meramente letterale della disposizione citata, dunque, ha portato il giudice di appello a rigettare il gravame della contribuente ed a ritenere che, poiché non vi sono accordi tra l'Italia ed i Paesi di residenza delle tre società partecipate (Panama e Nigeria), Paesi extra UE, non è consentita la riduzione del valore delle partecipazioni estere da parte della Impregilo, nonostante quest'ultima abbia prodotto i bilanci certificati di ciascuna società, che dimostrerebbero l'effettiva attività economica delle stesse e le perdite concretamente subite negli esercizi relativi al 2004 ed al 2005.

In dottrina si è affermato che, con tale disposizione, la localizzazione della società partecipata in un Paese non facente parte della Comunità europea rende (ora UE) più “sospettosa” l'amministrazione finanziaria che vuole essere messa nelle condizioni di reperire, autonomamente ed in ogni momento, la documentazione comprovante la legittimità della procedura svalutativa, anche se poi effettivamente non attiverà mai i propri canali informativi, magari fidandosi di quanto fornito dal contribuente.

Tale interpretazione, però, eccessivamente formalistica, sarebbe in pieno contrasto con il principio di capacità contributiva di cui all'art. 53 Cost., in

8

Cons.Est. Luigi D'Orazio

RGN 8644 2013

quanto non consentirebbe alla contribuente di dedurre dal proprio reddito le minusvalenze determinate dalle perdite subite dalle proprie consociate estere, sia pure residenti in Paesi, extra Ue, in cui sono assenti accordi che consentano all'amministrazione finanziaria di acquisire le informazioni necessarie per valutare l'effettiva sussistenza di tali perdite societarie e, quindi, la svalutazione delle partecipazioni estere.

Tale rigida interpretazione sarebbe anche in contrasto con l'art. 3 della Costituzione, in quanto vi sarebbe una palese disuguaglianza tra la posizione assunta dalla contribuente e quella di altre società italiane che, invece, hanno subito perdite da svalutazione di partecipazioni estere in società che si trovano in Paesi extra UE in cui esistono accordi che consentono all'amministrazione finanziaria di acquisire le informazioni necessarie per valutare la sussistenza delle cause che comportano la svalutazione di tali partecipazioni. Differenza ancora meno giustificata in relazione a società che si trovano in Paesi, all'interno della UE, ma privi di accordi per l'acquisizione di notizie necessarie alla valutazione della sussistenza effettiva delle svalutazioni.

Tale formalistica interpretazione non è neppure imposta dall'art. 61, comma 3-bis, citato, in quanto la norma non esclude espressamente la possibilità di "prova contraria" per il contribuente, ma si limita a consentire la deducibilità delle svalutazioni in consociate estere ove sussistano accordi che consentano all'amministrazione finanziaria di acquisire le informazioni necessarie sulla sussistenza delle perdite. La norma non prende in alcun modo in considerazione l'ipotesi alternativa, ossia quella per cui, in realtà, non sussistano tali accordi tra Stati.

Nell'ipotesi alternativa, quindi, in cui non sussistono accordi tra Stati per la "trasparenza" delle informazioni sulle partecipazioni societarie estere, pur potendosi presumere che i dati contabili provenienti da quelle compagini societarie siano inattendibili, non può non consentirsi al contribuente di fornire la "prova contraria" che, invece, i dati contabili dei bilanci corrispondono alla effettiva operatività della società, dando la prova della effettiva della attività

9
Cons.Est. Luigi D'Orazio



RGN 8644 2013

commerciale svolta e dei risultati della gestione finanziaria.

Del resto, nella relazione illustrativa al d.l. 29 giugno 1994, n. 416 si legge che "infine, si è ritenuto opportuno integrare la norma di cui al comma 3, lettera b), che consente la svalutazione dei titoli azionari non quotati sulla base delle diminuzioni patrimoniali della società partecipata risultanti dal bilancio, con la previsione (comma 3-bis) secondo la quale, ove la società partecipata abbia sede in uno Stato estraneo alla Comunità europea, la deduzione è ammessa soltanto a condizione che l'amministrazione finanziaria sia in grado - in forza di appositi accordi in vigore - di acquisire dalle competenti autorità dello Stato estero le informazioni necessarie ad assicurare il corretto accertamento delle condizioni previste dalla disposizione interna". Si aggiunge che " in tal modo, si è inteso limitare la rilevanza fiscale delle svalutazioni relative ad azioni di società situate al di fuori della Comunità europea ai soli casi in cui l'amministrazione finanziaria possa, come detto, verificare l'attendibilità e l'affidabilità delle risultanze del bilancio della società stessa".

Nella specie, la società ha prodotto in giudizio proprio i bilanci revisionati delle tre società estere.

Inoltre, in un precedente di legittimità è stato dichiarato inammissibile il ricorso per cassazione della contribuente, dopo che il giudice di appello aveva accolto il ricorso dell'Agenzia, in quanto la deduzione delle svalutazioni, ai sensi dell'art. 61, comma 3-bis, d.P.R. 917/1986, non poteva avvenire sulla scorta dei bilanci redatti in forma abbreviata dalle partecipate estere, in conformità con la loro natura di Holding Company, ma mediante idonea documentazione relativa a ciascun costo (Cass., 27 febbraio 2013, n. 4928).

2.4. Del resto, la problematica della mancanza delle "informazioni necessarie per l'accertamento delle condizioni ivi previste", di cui all'art. 61, comma 3-bis, d.P.R. 917/1986, segna un confine molto vicino alla disciplina della deducibilità dei costi sostenuti per spese con società aventi sede in Paesi inseriti nella black list, ossia proprio quelli in cui non vi è scambio di informazioni. La svalutazione delle partecipazioni non rientra nella normativa di cui all'art. 110 d.P.R.

10

Cons.Est. Luigi D'Orazio



RGN 8644 2013

917/1986 contro i "paradisi fiscali", in quanto l'indeducibilità delle componenti negative di reddito derivanti da rapporti con società controllate è limitata alle componenti che attengono ad operazioni di cessioni di beni o prestazioni di servizi.

2.5. La disciplina dei costi relativi a spese sostenute con società con sede in Paesi in inseriti in black list, mutata nel tempo più volte, ha sempre consentito alla società italiana di fornire la prova contraria all'amministrazione finanziaria, dimostrando alternativamente l'effettiva sussistenza dell'attività commerciale della società estera ai sensi dell'art. 2195 c.c., oppure della sussistenza di un concreto interesse a svolgere attività commerciale con società di quel determinato Paese. L'art. 76, comma 7 bis, d.P.R. 917/1987, poi sostituito con l'art. 110, comma 10, d.P.R. 917/1986, prevede che "non sono ammessi in deduzione le spese e gli altri componenti negativi derivanti da operazioni intercorse tra imprese residenti ed imprese domiciliate fiscalmente in Stati o territori non appartenenti all'Unione europea aventi regime fiscali privilegiati. Si considerano privilegiati i regimi fiscali di Stati o territori individuati, con decreto del Ministero delle finanze da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale, in ragione del livello di tassazione sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia, ovvero della mancanza di un adeguato scambio di informazioni, ovvero di altri criteri equivalenti".

Il comma 7-ter dell'art. 76 d.P.R. 917/1986, poi sostituito dall'art. 110, comma 11, Tuir, dispone che "le disposizioni di cui al comma 7 bis non si applicano quando le imprese residenti in Italia forniscano la prova che le imprese estere svolgono prevalentemente un'attività commerciale effettiva, ovvero che le operazioni poste in essere rispondono ad un effettivo interesse economico e che le stesse hanno avuto concreta esecuzione".

La legge 296 del 2006 ha eliminato l'ultimo periodo del comma 7-ter, e quindi la subordinazione della deduzione dei costi alla indicazione separata degli stessi nella dichiarazione dei redditi, aggiungendo alla fine dell'art. 110, comma 11, d.P.R. 917/1986 (art. 1, comma 301, della legge 296/2006), la frase "Le spese

11
Cons.Est. Luigi D'Orazio

RGN 8644 2013

e gli altri componenti negativi deducibili ai sensi del primo periodo sono separatamente indicati nella dichiarazione dei redditi”.

Si evidenzia, peraltro, che, in tema di reddito d'impresa, l'abolizione del previgente regime di indeducibilità dei costi relativi ad operazioni commerciali intercorse con soggetti domiciliati in Paesi a fiscalità privilegiata (cd. black list), prevista dall'art. 1, commi 301, 302 e 303, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, ha carattere retroattivo (Cass., sez. 5, 27 marzo 2015, n. 6205).

2.6. Il d.lgs. 14 settembre 2015 n. 147 (decreto internazionalizzazione) ha eliminato, ma a decorrere dall'anno 2015, il requisito dello svolgimento di una attività commerciale effettiva. Si legge, infatti, nell'art. 110 commi 10 e 11 che “Le spese e gli altri componenti negativi derivanti da operazioni, che hanno avuto concreta esecuzione, intercorse con imprese residenti ovvero localizzate in Stati o territori aventi regimi fiscali privilegiati sono ammessi in deduzione nei limiti del loro valore normale....Le disposizioni di cui al comma 10 non si applicano quando le imprese residenti in Italia forniscano la prova che....le operazioni poste in essere rispondono ad un effettivo interesse economico e che le stesse hanno avuto concreta esecuzione”.

Non si rinviene più, quindi, il riferimento allo svolgimento effettivo di attività commerciale, ma solo a decorrere dal 2015.

Infatti, l'art. 5, comma 4, del d.lgs. 14 settembre 2015 n. 147 prevede, poi, che “Le modifiche ai commi 10, 11 e 12-bis del presente articolo si applicano a decorrere dal periodo di imposta in corso alla data di entrata in vigore del citato decreto”.

La deducibilità dei componenti negativi di reddito non è più subordinata alla dimostrazione dell'esistenza di almeno una delle due esimenti, ma diventa automatica nel limite del “valore normale”. Resta, invece, in vita la dimostrazione della seconda esimente, che però trova applicazione soltanto nel caso in cui il contribuente voglia dedurre le spese e gli altri componenti negativi derivanti da rapporti intercorsi con soggetti *black list* per un ammontare superiore al valore normale. Va sottolineato che la definizione di

12
Cons.Est. Luigi D'Orazio



RGN 8644 2013

spese ed altri componenti di reddito comprende un qualunque componente di reddito derivante da transazioni commerciali poste in essere con fornitori black list, quali, ad esempio ammortamenti, svalutazioni, perdite, minusvalenze (in tal senso anche circolari della Agenzia delle entrate n. 51/E/2010 e n. 35/E(2012).

La necessità della separata indicazione in dichiarazione dei costi della *black list* è stata abrogata dalla legge 27 dicembre 2016, n. 296, ma non con efficacia retroattiva.

2.7. Peraltro, l'art. 1, comma 142, lettera a, della legge 28 dicembre 2015 n. 208 (finanziaria 2016) ha abrogato, a decorrere dal 1 gennaio 2016 i commi da 10 a 12-bis dell'art. 110 del d.P.R. 917 del 1986.

In tal modo la deducibilità dei costi *black list* non risulta più disciplinata in modo specifico, ma si applicano le regole ed i criteri ordinari di carattere generale in ordine alla rilevanza delle componenti negative nell'ambito dei redditi di impresa.

La norma citata da ultimo, però, non ha efficacia retroattiva, per cui per il periodo antecedente vanno applicate le disposizioni vigenti nel periodo di imposta in cui i costi sono sostenuti.

Non trattasi di "sanzione impropria", quindi, con efficacia retroattiva per il principio del *favor rei*, in quanto la norma si applica, ai sensi del comma 144 della legge 208 del 2015, a decorrere dal periodo di imposta successivo al 2015. Inoltre, l'art. 110, comma 10, non è norma processuale, sulla prova necessaria per la deduzione dei costi da *black list*, ma sostanziale in ordine alla valutazione dei redditi di impresa. In difetto di previsione di retroattività, non può che operare per l'avvenire ai sensi dell'art. 11 disp. prel. c.c.

2.8. Del resto, anche in materia di CFC (Controlled Foreign Companies) l'art. 167 Tuir, vigente dall'1 gennaio 2004, prevede che "se un soggetto residente in Italia detiene, direttamente o indirettamente, anche tramite società fiduciaria o per interposta persona, il controllo di un'impresa, di una società o altro ente, residente o localizzato in Stati o territori a regime fiscale privilegiato di cui al

RGN 8644 2013

comma 4, diversi da quelli appartenenti all'Unione europea ovvero da quelli aderenti allo Spazio economico europeo con i quali l'Italia abbia stipulato un accordo che assicuri un effettivo scambio di informazioni, i redditi conseguiti dal soggetto estero controllato sono imputati, a decorrere dalla chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto estero controllato, ai soggetti residenti in proporzione alle partecipazioni da essi detenute".

L'art. 167 Tuir ha l'obiettivo di contrastare la delocalizzazione all'estero delle imprese nazionali ed il "differimento" della tassazione dell'utile. Si prevede, quindi, un regime di tassazione per "trasparenza" dei redditi localizzati, con imponibilità ai soggetti residenti in Italia degli utili prodotti dalle società controllate estere, localizzate in Paesi a regime fiscale privilegiato o a ridotta tassazione, indipendentemente dall'effettiva distribuzione degli utili, sotto forma di dividendi. In assenza di questa disposizione, invece, gli utili potevano essere tassati in Italia solo dopo che erano stati effettivamente distribuiti sotto forma di dividendi, ma ciò dipendeva dalla scelta della partecipata estera. Pertanto, il socio controllante, seppure effettivo dominus dell'attività svolta dal soggetto estero, beneficiava di una "traslazione" della tassazione sui dividendi a tempo indeterminato, ove la società estera si fosse astenuta dal distribuirli, quindi *sine die (tax deferral)*. Proprio per impedire tali condotte, si è stabilito che gli utili conseguiti dal soggetto estero siano prodotti dal socio residente, in analogia a quanto avviene per le società di persone, per le quali vige il regime della trasparenza ai sensi, però, dell'art. 5 del d.P.R. 917/1986.

I redditi della partecipata estera sono, quindi, tassati per la trasparenza in capo al socio residente, in proporzione alla partecipazione da esso detenuta; pertanto, anziché essere tassati in Italia nel momento in cui confluiscono nel reddito del soggetto controllante in qualità di dividendi effettivamente distribuiti, i redditi della CFC vengono imputati al socio residente nel momento in cui sono conseguiti (in tal senso anche circolare della Agenzia delle entrate 10 ottobre 2009, n. 43/E).

Il regime CFC è simile, dunque, a quello del consolidato mondiale, perché



RGN 8644 2013

comporta l'imputazione per trasparenza di redditi prodotti all'estero ad un contribuente residente in Italia; mentre il consolidato è opzionale, però, il regime CFC ha funzione antielusiva e, quindi, è obbligatorio.

L'art. 167, comma 5, Tuir prevede, dunque, due esenzioni dal regime di tassazione per trasparenza.

La prima esenzione concerne, proprio, l'effettiva attività "industriale o commerciale" svolta, come "principale attività" dalla società controllata non residente "nello Stato o nel territorio nel quale ha sede".

Pertanto, anche in queste ipotesi, attigua alle precedenti, vi è la possibilità per il contribuente di fornire la prova contraria e di evitare la tassazione per "trasparenza" dei dividendi della società estera partecipata sita in Paese incluso tra quelli *black list* (il comma 8 bis d.P.R. 917/1986 riguarda le società con sede in Paesi in *white list*).

2.9. Anche il regime PEX di cui all'art. 87 Tuir, prevede che le plusvalenze da partecipazioni in caso di cessione siano sottoposte a tassazione solo per il 5 % ove ricorrano quattro requisiti, tra cui quello sub c) relativi alla residenza fiscale della partecipata in un Stato o territorio diverso da quelli a regime fiscale privilegiato. Anche in questo caso, però, il contribuente che detiene partecipazioni in società estere sita in Paesi di *black list*, può fornire la prova contraria con apposito interpello dimostrando che dalle partecipazioni non è conseguito l'effetto di localizzare i redditi in Stati di *black list*.

2.10. Inoltre, sia l'art. 37-bis d.P.R. 600/1973 che l'art. 10-bis legge 212/2000 consentono al contribuente di fornire la prova contraria rispetto ad una contestazione su operazioni ritenute elusive (cfr. Cass., 7393/2012, proprio in un caso in cui l'avviso di accertamento era fondato sulla violazione dell'art. 61, comma 3-bis d.P.R. 917/1986, in quanto la società con sede in Italia aveva dedotto una svalutazione societaria della partecipata portoghese, la quale aveva a sua volta svalutato la propria partecipazione nella controllata con sede nella Bahamas, mentre il giudice di merito aveva rigettato il gravame della contribuente applicando il principio dell'abuso del diritto di cui all'art. 37-bis

15
Cons.Est. Luigi D'Orazio



RGN 8644 2013

d.P.R. 600/1973, all'epoca vigente, con una mera qualificazione giuridica, senza incorrere nel vizio di extrapetizione di cui all'art. 112 c.p.c.).

3. Con il terzo motivo di impugnazione la ricorrente lamenta la "nullità/illegittimità della sentenza impugnata, nella parte in cui ha omesso di pronunciarsi sulla doglianza afferente alla erronea quantificazione (parziale) della pretesa fiscale. La sentenza è in parte qua viziata, per violazione dell'art. 112 c.p.c., in relazione all'art. 360, primo comma, n. 4, c.p.c.", in quanto la società, in via subordinata, ha chiesto di valutare che la Impegilo Y Asociados Panama Sa, è stata liquidata nel 2006, sicché in tale momento i componenti negativi avrebbero concorso alla formazione del reddito, sotto forma di minusvalenze deducibili, comunque, nel 2006. La deduzione operata negli anni 2004 e 2005, quindi, si è risolta in un mero sfasamento temporale in avanti, quindi, negli anni 2004 e 2005, invece che nel 2006, senza alcun danno sostanziale per l'Erario.

3.1. Il motivo è assorbito, sia perché proposto in via subordinata, sia in ragione dell'accoglimento del secondo motivo di ricorso.

4. Con il quarto motivo di impugnazione la società si duole della "nullità della sentenza impugnata nella parte in cui i giudici non si sono pronunciati sulla doglianza afferente alla illegittimità della richiesta del pagamento delle imposte e delle sanzioni formulata nell'avviso di accertamento di secondo livello per l'anno 2005, in quanto l'ufficio non ha tenuto in considerazione l'esistenza di perdite pregresse disponibili capienti dell'intero maggiore imponibile accertato. La sentenza è in parte qua viziata, per violazione dell'articolo 112, codice di procedura civile, in relazione all'articolo 360, primo comma, n. 4, c.p.c.", in quanto il giudice di appello non ha pronunciato sulla autonoma doglianza, avanzata in via subordinata, con cui la società ha chiesto che le perdite dichiarate nella dichiarazione consolidata Modello CNM 2005, per un ammontare di € 59.793.846 erano state utilizzate solo per € 54.633.003 negli esercizi successivi, sicché il maggior reddito accertato troverebbe, comunque, capienza nelle perdite fiscali risultanti dalla dichiarazione consolidata relativa al

16
Cons.Est. Luigi D'Orazio



RGN 8644 2013

periodo di imposta 2004.

5. Con il quinto motivo di impugnazione la ricorrente si duole della "nullità della sentenza impugnata nella parte in cui i giudici non si sono pronunciati sulla doglianza, formulata in via subordinata, afferente alla illegittimità delle sanzioni irrogate a mezzo dell'avviso di accertamento di secondo livello relativo al periodo d'imposta 2005. La sentenza è in parte qua viziata, per violazione dell'articolo 112, codice di procedura civile, in relazione all'articolo 360, primo comma, n. 4, c.p.c.", non avendo il giudice di appello pronunciato sulla domanda di dichiarazione di illegittimità delle sanzioni irrogate.

5.1. Con riferimento ai motivi quarto e quinto deve essere dichiarata la cessazione della materia del contendere, come richiesto espressamente da entrambe le parti nelle rispettive conclusioni.

6. La sentenza impugnata deve, quindi, essere cassata, in ordine al motivo accolto, con rinvio alla Commissione tributaria regionale della Lombardia, in diversa composizione, che si adegnerà al seguente principio di diritto: <<L'art. 61 comma 3 bis del d.P.R. 917/1986, laddove prevede che le svalutazioni di partecipazioni estere, per perdite subite, di società con sede in Stati non appartenenti alla Unione europea sono deducibili dalle società residenti in Italia, sempre che siano in vigore accordi che consentano all'Amministrazione finanziaria di acquisire le informazioni necessarie per l'accertamento delle condizioni ivi previste, va inteso, secondo una interpretazione costituzionalmente orientata, ispirata ai parametri di cui agli artt. 3 e 53 della Costituzione, nel senso che è, comunque, sempre consentito al contribuente residente di fornire la prova contraria in ordine alla sussistenza della esistenza di tali componenti negativi di reddito, come del resto accade per la deducibilità dei costi da spese contratte con società site in Stati inclusi nelle *black list*, ex art. 110 d.P.R. 917/1986, per il regime Pex (*Participation exemption*), ex art. 87 Tuir, per le CFC (*Controlled Foreign Companies*), ex art. 167 Tuir, ed in ogni ipotesi di elusione ai sensi dell'art. 10-bis legge 212/2000 >>, e provvederà anche sulle spese del giudizio di legittimità.

17
Cons.Est. Luigi D'Orazio

RGN 8644 2013

P.Q.M.

Accoglie il secondo motivo di ricorso; rigetta il primo motivo; dichiara assorbito il terzo; dichiara cessata la materia del contendere per i motivi quarto e quinto di ricorso; cassa la sentenza impugnata, in relazione al motivo accolto, con rinvio alla Commissione tributaria regionale della Lombardia, in diversa composizione, cui demanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio del 17 gennaio 2020

Il Consigliere est.

Luigi D'Orazio