

Indeducibilità di costi tra difetto di inerenza ed abuso del diritto



Andrea Prampolini
Studio Maisto e Associati, Milano

Brevi note sulla recente sentenza n. 4901/2013 della Suprema Corte di Cassazione

1. Sintesi

Con la recente sentenza n. 4901 del 27 febbraio 2013, la Corte di Cassazione ha negato la deducibilità della minusvalenza realizzata per effetto della cessione infragruppo di una partecipazione, preceduta dal ripianamento delle perdite della società partecipata da parte della società cedente. La sentenza offre lo spunto per tracciare i confini tra l'indeducibilità di costi per difetto del requisito di inerenza, da un lato, e per violazione del divieto di abuso del diritto, dall'altro.

2. La fattispecie esaminata dalla Suprema Corte

La vicenda processuale ha riguardato la società Alfa S.p.A., che all'epoca dei fatti (1990) deteneva una partecipazione pressoché totalitaria nella società Beta S.r.l. Quest'ultima società aveva maturato perdite superiori al proprio patrimonio netto, versando così in una situazione di *deficit* patrimoniale (patrimonio netto negativo).

In tale contesto, Alfa S.p.A. aveva effettuato versamenti a favore di Beta S.r.l. per importo idoneo a coprire integralmente le perdite della società partecipata e a ricostituire il capitale sociale nell'ammontare originario. Alfa S.p.A. aveva registrato tali versamenti ad incremento del valore contabile della propria partecipazione in Beta S.r.l., che aveva poi immediatamente ceduto ad un'altra società del gruppo (Gamma S.p.A.) per un corrispettivo pari al patrimonio netto contabile di Beta S.r.l. risultante dopo la copertura delle perdite (nonché pari all'originario valore contabile della partecipazione). Per effetto della cessione, Alfa S.p.A. aveva realizzato una minusvalenza equivalente ai versamenti effettuati per ripianare le perdite della società partecipata. La Suprema Corte, in accoglimento del ricorso proposto dall'Agenzia delle Entrate avverso la sentenza di appello, ha negato la deducibilità della minusvalenza realizzata da Alfa S.p.A. per importo corrispondente al versamento effettuato a copertura del *deficit* patrimoniale di Beta S.r.l. (cosiddetto "sottozero")^[1].

Occorre osservare che i Giudici non hanno ravvisato alcuna violazione delle norme del testo unico disciplinanti la determinazione e la deduzione delle minusvalenze, in specie con riguardo all'impossibilità di incrementare il costo fiscale della partecipazione per importo pari al cosiddetto versamento sottozero. Né tale violazione era stata contestata dall'Ufficio, presumibilmente perché, secondo la dottrina pressoché unanime, l'articolo 61 comma 5 del Decreto del Presidente della Repubblica n. 917/1986 (di seguito TUIR), nella formulazione applicabile *ratione temporis*, avrebbe comunque consentito ad Alfa S.p.A. la deduzione immediata del cosiddetto versamento "sottozero" come spesa di esercizio, quand'anche la partecipazione non fosse stata ceduta^[2].

Per quale ragione, dunque, la Corte ha negato la deducibilità di un componente negativo che, almeno in linea di principio, Alfa S.p.A. avrebbe comunque potuto dedurre nello stesso periodo di imposta se non avesse ceduto la partecipazione, seppure ad altro titolo (cioè quale spesa di esercizio, anziché quale minusvalenza)?

La risposta alla questione ora prospettata emerge dalla motivazione contenuta nella prima parte della sentenza: i Giudici hanno ritenuto che la minusvalenza realizzata da Alfa S.p.A. fosse indeducibile "*per difetto di inerenza del costo di ripianamento della società partecipata*".

3. Il principio di inerenza all'attività di impresa

L'inerenza esprime la relazione che deve intercorrere tra un determinato atto, dal quale derivi un costo, e l'attività dell'impresa, quale condizione necessaria affinché tale costo sia deducibile ai fini della determinazione del reddito di impresa.

La regola dell'inerenza è priva di una disposizione espressa nel TUIR^[3], sebbene negli avvisi di accertamento e nelle sentenze (inclusa quella ora in commento) sia fortemente radicata l'abitudine ad individuarne il fondamento positivo nell'articolo 109 (già 75), comma 5 TUIR, che attiene invece ad un profilo distinto e logicamente successivo (il cosiddetto principio di correlazione dei costi ai proventi imponibili)^[4]. La regola dell'inerenza esprime il concetto secondo cui il "*reddito*

che deriva dall'esercizio dell'attività di impresa", termine anch'esso non definito ma riconducibile alla disposizione dell'articolo 55 TUIR, è strutturalmente al netto dei costi necessari a produrlo[5].

La regola dell'inerenza agisce come "spartiacque", perché ha la funzione di separare i costi che attengono alla produzione del reddito dai costi che sono meri "veicoli" per porre in essere un atto di erogazione di un reddito già prodotto (spese sostenute nell'interesse personale dell'imprenditore o dei suoi familiari, dei soci, di terzi), cioè costi sostenuti per finalità "extraimprenditoriali".

Tale distinzione è formulata chiaramente, ad esempio, nella sentenza n. 6548 del 27 aprile 2012 della Corte di Cassazione: *"quella di inerenza è una nozione pre-giuridica, di origine economica, legata all'idea del reddito come entità necessariamente calcolata al netto dei costi sostenuti per la sua produzione. Sotto tale profilo, pertanto, inerente è tutto ciò che – sul piano dei costi e delle spese – appartiene alla sfera dell'impresa, in quanto sostenuto nell'intento di fornire a quest'ultima un'utilità, anche in modo indiretto. A contrario, non è invece inerente all'impresa tutto ciò che si può ricondurre alla sfera personale o familiare dell'imprenditore, ovvero del socio o del terzo"*.

Fatte queste premesse è opportuno esaminare i tre argomenti principali utilizzati dalla Suprema Corte per giungere a valutare come *"del tutto carente del nesso di inerenza"* l'operazione da cui deriva la minusvalenza realizzata da Alfa S.p.A.:

- a) Alfa S.p.A. non aveva alcun obbligo giuridico di ripianare le perdite della società partecipata;
- b) il ripianamento delle perdite della società partecipata, con esborso di una somma pari a otto volte il valore di carico originario della partecipazione, seguito dall'immediata cessione di tale partecipazione ad altra società del gruppo per un corrispettivo pari a tale valore di carico originario *"danno luogo, nel loro complesso, ad un'operazione assolutamente antieconomica, per la società partecipante, e già in astratto oggettivamente priva di qualsiasi potenziale idoneità ad incidere positivamente sulla sua capacità di produrre utili"*;
- c) al fine di valutare la sussistenza del nesso di inerenza occorre fare riferimento esclusivo all'attività propria del soggetto giuridico che ha posto in essere l'operazione (Alfa S.p.A.), mentre è irrilevante che l'operazione persegua finalità di riassetto complessivo del gruppo societario cui tale soggetto appartiene, nell'ambito della discrezionalità manageriale della capogruppo.

3.1.

Inerenza ed obbligatorietà o necessità della spesa

Il primo argomento non è di per sé dirimente. È certamente vero che Alfa S.p.A. non aveva alcun obbligo giuridico di ripianare le perdite della società partecipata, in quanto soggetto limitatamente responsabile. La riduzione del capitale di Beta S.r.l. al di sotto del minimo legale e la sua mancata ricostituzione ad una cifra non inferiore al predetto minimo avrebbero comportato lo scioglimento della società ai sensi degli articoli 2447 e 2448 (ora 2484) primo comma n. 4 del Codice Civile[6] e l'eventuale dichiarazione di fallimento.

Tuttavia, non è affatto indispensabile che una determinata spesa, per risultare inerente, debba essere anche obbligatoria (cioè imposta da un vincolo giuridico). Prova ne sia la riconosciuta inerenza e deducibilità di costi certamente discrezionali e che hanno un'utilità solo indiretta e non immediata per l'impresa, come i costi sostenuti per la revisione volontaria (quindi, non obbligatoria) del bilancio di esercizio[7], per la pubblicità effettuata in proiezione futura (cioè, prima dell'immissione in commercio di un bene)[8], per la difesa di amministratori coinvolti in un procedimento penale (ove risulti provato il collegamento con l'attività dell'impresa e la volontà di tutelarne l'immagine presso la clientela)[9]. Pertanto, affinché un costo sia inerente è sufficiente verificare la sussistenza di un interesse economico, sia pure prospettico, che lo leghi all'attività dell'impresa. Si aggiunga che, se un costo è sopportato nell'interesse dell'attività dell'impresa non vale, ad escluderne l'inerenza, la mera circostanza che di esso possa direttamente o indirettamente beneficiare anche un altro soggetto[10]. Solo in carenza di un interesse economico per l'impresa si ricade nelle erogazioni di reddito (liberali o meno), che sono non inerenti e perciò indeducibili, salvo che per disposizione espressa[11].

3.2.

Inerenza e antieconomicità. Inerenza e utilità potenziale

Il secondo argomento utilizzato dalla Suprema Corte è quello più incisivo e può essere riproposto con il seguente interrogativo: per quale ragione una società dovrebbe effettuare un ingente investimento aggiuntivo nella propria partecipata (di importo pari al cosiddetto versamento "sottozero") per poi cedere immediatamente la partecipazione a favore di un altro soggetto senza ottenere alcun ristoro per tale investimento aggiuntivo?

La sequenza di atti posta in essere da Alfa S.p.A. appare, sotto questo profilo, come una condotta antieconomica. L'antieconomicità può certamente venire in rilievo sul piano della prova dell'inerenza, come significativo indizio del carattere erogatorio (anziché produttivo) di reddito dell'atto che ha generato un determinato costo e, quindi, del difetto di inerenza del costo stesso[12] [13].

Peraltro, come ribadito dalla dottrina e talora riconosciuto dalla stessa giurisprudenza della Suprema Corte, l'antieconomicità di un singolo atto non è sufficiente a negare l'inerenza del costo, perché essa potrebbe giustificarsi in funzione di benefici economici su altri fronti e, quindi, dell'economicità dell'attività di impresa nel suo complesso[14]. Ad esempio, il trasferimento della proprietà di un bene effettuata in assenza di un corrispettivo espresso o per corrispettivo irrisorio potrebbe giustificarsi con l'esigenza del cedente di evitare maggiori futuri aggravii all'attività di impresa mediante la liberazione da fidejussioni, garanzie, eccetera[15].

Tuttavia, nelle argomentazioni difensive svolte dal contribuente, per come riportate nella sentenza in commento, non v'è traccia di eventuali benefici economici o utilità, anche solo potenziali o indirette, che sarebbero potute derivare ad Alfa S.p.A. dall'operazione posta in essere. Né risulta il tentativo di Alfa S.p.A. di valorizzare una nozione di inerenza in senso ampio, ad esempio rappresentando un eventuale interesse della società

ad evitare il danno di immagine che le sarebbe potuto derivare dal fallimento della partecipata[16] (tentativo dall'esito comunque assai incerto nel caso di specie, data l'assenza di una reale terzietà tra i soggetti coinvolti in ragione dell'appartenenza allo stesso gruppo). Di qui la conclusione della Suprema Corte, che ha ritenuto la minusvalenza non inerente all'attività realizzata da Alfa S.p.A., sancendone l'indeducibilità.

Si potrebbe ora completare il ragionamento della Cassazione, evidenziandone alcuni corollari rimasti impliciti: se Alfa S.p.A., dopo avere ripianato le perdite di Beta S.r.l., avesse mantenuto la proprietà della partecipazione, essa avrebbe potuto beneficiare economicamente del proprio investimento aggiuntivo (ad esempio, tramite l'incasso di futuri dividendi da Beta S.r.l. o la cessione plusvalente della partecipata, una volta ritornata *in bonis*). In tale ipotesi, l'onere sostenuto da Alfa S.p.A. (il cosiddetto versamento "sottozero") sarebbe risultato certamente inerente all'attività di impresa svolta da tale ultima società e, almeno in linea di principio, avrebbe potuto trovare immediata deduzione[17].

Per converso, l'aver ceduto la partecipazione subito dopo il ripianamento, senza la prospettiva di ottenere alcun ristoro per l'esborso aggiuntivo effettuato né future utilità, avrebbe reso manifesta la carenza di interesse di Alfa S.p.A. al sostenimento del relativo onere, se tale interesse è valutato nell'ottica di un investitore che intenda trarre vantaggio dal proprio investimento[18]. In altri termini, nel particolare caso di specie il versamento del "sottozero" avrebbe soddisfatto un interesse esclusivo della società partecipata (e, indirettamente, della società acquirente e della capogruppo), non già di Alfa S.p.A. Tale versamento avrebbe pertanto comportato una sostanziale erogazione di reddito in favore della stessa partecipata (non anche della società acquirente, se si assume che il corrispettivo della cessione riflettesse il valore normale della partecipazione *post-copertura*). Ciò avrebbe palesato il carattere erogatorio dell'operazione posta in essere da Alfa S.p.A. e, quindi, il difetto di inerenza del costo che ne è derivato.

Rimane tuttavia un dubbio: a stretto rigore, nel caso di specie il costo del ripianamento delle perdite della partecipata, isolatamente considerato, non pare in sé sprovvisto del requisito di inerenza, ma è solo il collegamento con la successiva cessione della partecipazione ad evidenziare il carattere erogatorio dell'intera sequenza di operazioni. Su tale aspetto torneremo nel capitolo 4.

3.3.

Inerenza e gruppo societario

Il terzo argomento utilizzato dalla Suprema Corte può riassumersi come segue: non esiste una "inerenza di gruppo". Poiché infatti l'ordinamento tributario considera ciascuna società come un autonomo soggetto passivo di imposta, a prescindere dalla sua appartenenza ad un gruppo, un costo sostenuto nell'interesse del gruppo è deducibile in capo alla singola società solo se e in quanto soddisfi anche l'interesse di questa. Ne consegue che, per quanto nell'ambito di un gruppo il concetto di inerenza possa, almeno in linea di principio, assumere contorni più ampi (dovendosi considerare anche eventuali vantaggi compensativi che giustifichino l'apparente economicità della

singola operazione), non è comunque possibile dedurre costi che soddisfano l'interesse esclusivo di soggetti diversi da quelli cui il reddito prodotto va riferito, solo perché appartenenti allo stesso gruppo[19].

In termini del tutto generali, occorre anzi osservare che, se si accetta la tesi secondo cui l'inerenza va riferita esclusivamente al soggetto che ha sopportato il costo e non ha la funzione di recuperare vantaggi fiscali indebiti (bensì di depurare componenti negative estranee all'impresa), deve necessariamente concludersi che un costo non inerente non diviene inerente (e deducibile) per il solo fatto che un corrispondente ricavo risulti "simmetricamente" imponibile in capo alla controparte (contrattuale), quand'anche quest'ultima sia un soggetto residente ed appartenente al gruppo[20].

La conclusione non muta neppure dopo l'introduzione dell'istituto del consolidato fiscale di cui agli articoli 117 e seguenti TUIR. Infatti, poiché il "gruppo" consolidato non è elevato ad autonomo soggetto di imposta[21], la società che aderisce alla tassazione di gruppo non perde la propria soggettività tributaria ed è pertanto tenuta a determinare il proprio reddito secondo le regole ordinarie, ivi inclusa la regola dell'inerenza[22]. Né, d'altro canto, è rinvenibile una disposizione espressa (ancorché da alcuni auspicata, in mancanza di danno per l'Erario) che imponga all'amministrazione finanziaria, quando disconosca la deducibilità di un componente negativo per difetto di inerenza in capo ad una consolidata, di tenerne conto (quale maggior costo o minore ricavo) in capo ad altra società partecipante al consolidato, cui tale componente avrebbe dovuto essere imputato in quanto inerente[23].



4.

Difetto di inerenza versus abuso del diritto

Fin qui il ragionamento logico-giuridico della Suprema Corte appare lineare. Tuttavia, nella seconda parte della sentenza la Corte propone una diversa ricostruzione della fattispecie sottoposta al suo esame, affermando che "*l'evidente antieconomicità dell'operazione per Alfa S.p.A. [...] consente, peraltro, di qualificare la fattispecie – con identico risultato con riguardo alla valutazione della legittimità della ripresa – anche nella diversa prospettiva dell'abuso del diritto*".

Secondo la Corte, quindi, la deduzione della minusvalenza realizzata da Alfa S.p.A. potrebbe essere disconosciuta anche sulla base del principio di matrice giurisprudenziale del divieto di abuso del diritto, ritenuto insito nell'ordinamento come diretta derivazione delle norme costituzionali. In base a tale principio "il contribuente non può trarre indebiti vantaggi fiscali dall'utilizzo distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustificano l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quel risparmio fiscale" (per tutte, Corte di Cassazione, sentenza n. 30055 del 23 dicembre 2008).

Ebbene, il citato passaggio della sentenza qui in commento non potrebbe essere condiviso se fosse inteso nel senso che la deducibilità di un costo può essere disconosciuta affermando contemporaneamente il difetto di inerente dello stesso e la natura elusiva o abusiva dell'operazione che l'ha generato. Si tratterebbe di un'indebita sovrapposizione concettuale tra due fenomeni che devono rimanere ben distinti. Infatti, la deduzione di un costo non inerente configura "evasione fiscale", fattispecie che implica la diretta violazione di una norma fiscale (ancorché eventualmente inespressa, come la regola dell'inerente) riguardante il presupposto, mentre l'abuso del diritto attiene piuttosto all'area dell'"elusione fiscale", che non è violazione diretta bensì "aggiramento" di una norma fiscale, giacché si risolve in un comportamento che formalmente è conforme alla norma impositiva, ma ne tradisce lo spirito e la finalità (cioè, la *ratio*). Una sovrapposizione (quella tra evasione ed elusione) che peraltro non sarebbe nuova nella recente giurisprudenza della Cassazione[24].



L'"antieconomicità" di un'operazione è solo un sintomo che accomuna le due fattispecie del difetto di inerente e dell'abuso del diritto, ma nulla più. L'antieconomicità, infatti, può essere indizio rivelatore di fenomeni affatto diversi tra loro (fittizietà dei costi, occultamento di corrispettivi, difetto di inerente di costi, simulazione, elusione) e proprio per tale ragione non dovrebbe mai costituire un argomento sufficiente di per sé ad avallare la contestazione contenuta in un avviso di accertamento[25].

In conclusione, delle due l'una: o il costo è indeducibile perché non è inerente, oppure è indeducibile perché, sebbene inerente, è originato da un'operazione elusiva o abusiva.

4.1.

Le (solo apparenti) aree di convergenza

Ciò premesso, non sembra tuttavia potersi escludere che la deduzione di un costo formalmente inerente possa, in collegamento con altri atti o negozi, consentire il conseguimento di vantaggi tributari di natura abusiva, come la Cassazione sembra avere già affermato nei propri precedenti, seppure in termini piuttosto generali ed astratti[26].

Questa ipotesi potrebbe configurarsi, ad esempio, quando una società sostenga un costo che, isolatamente considerato, risulta formalmente inerente ma che, in collegamento con altri successivi atti o negozi, si rivela un "tassello" di un'operazione più complessa finalizzata a realizzare indirettamente un risultato finale sostanzialmente erogativo di reddito, sempreché nel caso specifico tale erogazione non possa essere presidiata da una disposizione *ad hoc*, come quella che colpisce le destinazioni di beni a finalità estranee all'impresa (comportando l'eventuale emersione di plusvalenze imponibili determinate a valore normale[27]), ad esempio perché la destinazione a finalità estranee non riguarda un bene, ma un servizio, denaro oppure un'altra utilità[28] [29].

Con riferimento al caso di specie, si potrebbe allora sostenere che il costo per il ripianamento delle perdite sostenuto da Alfa S.p.A., considerato di per sé, è inerente anche per la parte riferita al cosiddetto "sottozero", perché il ripianamento non comporta di per sé alcuna erogazione di reddito, ma configura un investimento aggiuntivo nella partecipata. Tuttavia, con l'immediata successiva cessione a Gamma S.p.A. della partecipazione in Beta S.r.l. (per un corrispettivo che può assumersi coincidente con il valore normale della partecipazione alla data della cessione) Alfa S.p.A. realizza indirettamente il risultato di erogare a Beta S.r.l. (anche nell'interesse di Gamma S.p.A.) un'utilità economica pari al costo del cosiddetto "sottozero", perché si induce nella condizione di non potere più trarre alcun vantaggio dall'esborso effettuato. Tale erogazione indiretta non verrebbe allora contrastata negando *ex-post* l'inerente del costo del ripianamento sostenuto da Alfa S.p.A. (né potrebbe essere contrastata, nel caso in commento, argomentando la destinazione a finalità estranee della partecipazione), bensì invocando il divieto dell'abuso del diritto. Sostenendo, cioè, che la sequenza di atti realizzata da Alfa S.p.A. si inserisce in un "disegno unitario" finalizzato non già a violare direttamente la regola dell'inerente del costo sostenuto per il ripianamento, bensì ad "aggirarla", al fine di ottenere la deduzione di un costo che, seppur formalmente è inerente, sostanzialmente non lo è più se si considera l'intera operazione, perché ogni utilità da esso potenzialmente derivante viene meno per effetto di un negozio immediatamente successivo[30].

È peraltro doveroso osservare che la sentenza in commento omette numerosi passaggi logico-giuridici essenziali per potere giustificare l'inquadramento della fattispecie esaminata nella violazione del divieto di abuso del diritto:

- a) Quale è il vantaggio tributario indebito ottenuto? La deduzione del costo del cosiddetto "sottozero" da parte di Alfa S.p.A.?

- b) Quale norma è stata "aggirata" nel caso di specie? La regola (inespressa) dell'inerenza?
- c) Quale comportamento alternativo e "fisiologico" avrebbe dovuto tenere Alfa S.p.A.? Cedere la partecipazione a Gamma S.p.A. senza previo ripianamento delle perdite della partecipata, cosicché alla ricapitalizzazione di questa provvedesse direttamente Gamma S.p.A.?
- d) Nel comportamento effettivamente tenuto da Alfa S.p.A. potevano escludersi (o non sono comunque state dimostrate) ragioni economiche apprezzabili, diverse dall'aspettativa di ottenere quel vantaggio tributario, così da fare ritenere che Alfa S.p.A. non avrebbe avuto alcun apprezzabile interesse a ripianare le perdite della partecipata qualora non avesse potuto dedurre la minusvalenza successivamente realizzata?

5.

Conclusioni

Le citate omissioni nella parte motivazionale della sentenza non fuggano il sospetto che il riferimento all'abuso del diritto sia stato utilizzato dai Giudici come mero *obiter dictum*, cioè quale preteso rafforzativo (concettualmente erroneo, se così fosse) di conclusioni di fatto già raggiunte dai giudici sul piano del difetto di ineranza del costo^[31]. Tuttavia, la sentenza ha il pregio di stimolare la riflessione sui rapporti reciproci che intercorrono tra difetto di ineranza ed abuso del diritto, quali motivazioni alternative (mai concorrenti) che, in fattispecie distinte, possono condurre al disconoscimento della deduzione di un costo effettivamente sostenuto.

[1] Più in dettaglio, Beta S.r.l. versava in una situazione di *deficit* patrimoniale per circa 22 miliardi, avendo maturato perdite per circa 25 miliardi di lire a fronte di un patrimonio netto contabile di 3 miliardi di lire, corrispondente al proprio capitale sociale. Alfa S.p.A. aveva quindi effettuato versamenti a favore di Beta S.r.l. per circa 25 miliardi di lire (incrementando dello stesso importo l'originario valore di carico della propria partecipazione), al fine di ripianare integralmente le perdite della partecipata e ricostituire il capitale sociale in 3 miliardi di lire. Immediatamente dopo il ripianamento, Alfa S.p.A. aveva ceduto a Gamma S.p.A. la partecipazione in Beta S.r.l. per un corrispettivo di circa 3 miliardi di lire, corrispondente al patrimonio netto contabile della stessa Beta S.r.l. dopo la copertura delle perdite (e corrispondente, altresì, al valore di carico originario della partecipazione), realizzando in tal modo una minusvalenza di circa 25 miliardi. La Corte di Cassazione ha ritenuto che tale minusvalenza fosse fiscalmente indeducibile per un ammontare di circa 22 miliardi (pari alla differenza tra la minusvalenza realizzata e il valore di carico originario della partecipazione), che di fatto corrisponde al versamento effettuato da Alfa S.p.A. a copertura del *deficit* patrimoniale di Beta S.r.l. (cosiddetto versamento "sottozero").

[2] In vigore dell'articolo 61, comma 5 TUIR, nella formulazione anteriore alle modifiche introdotte dal Decreto Legge (di seguito D.L.) n. 557/1993, convertito con modificazioni nella Legge (di seguito L.) n. 133/1994, era normativamente preclusa la possibilità di incrementare il costo della partecipazione per importo pari al

cosiddetto versamento "sottozero". Era quindi sorta la questione dell'immediata deducibilità di tale versamento quale spesa di esercizio. La *veraxata quaestio* era stata risolta positivamente, tra i molti, da Assonime, circolare n. 60 del 27 aprile 1988; ABI, circolare n. 8 del 25 gennaio 1988; Leo Maurizio/Monacchi Felice/Schiavo Mario, Le imposte sui redditi nel Testo Unico, Milano 1996, pagina 1124. In senso contrario si era successivamente espressa la Corte di Cassazione (sentenza n. 15298 del 30 ottobre 2002), con una pronuncia discutibile, che argomentava dalla natura innovativa delle modifiche introdotte nel 1993, che avevano previsto espressamente la deducibilità del cosiddetto versamento "sottozero" (a commento della citata sentenza si veda Leotta Marco/Santocchini Michele, Deducibilità dei versamenti a copertura del deficit patrimoniale: note a margine di una discutibile sentenza della Corte di Cassazione, in: *Rassegna tributaria*, 2003, pagina 237).

[3] Fatta eccezione per l'articolo 61 TUIR e per l'articolo 108, comma 2 TUIR che, a seguito delle modifiche introdotte dalla L. n. 244/2007, rappresentano il primo impiego del termine "ineranza" nella disciplina del reddito di impresa.

[4] In questo senso, tra gli altri, Zizzo Giuseppe, La determinazione del reddito delle società commerciali, in: *Falsitta Gaspere, Manuale di diritto tributario, parte speciale*, 2010, pagina 408; Tinelli Giuseppe, *Commentario al TUIR*, Padova 2009, pagina 109; Beghin Mauro, Note critiche a proposito dell'asserita doppia declinazione della regola dell'inerenza ("ineranza intrinseca" versus "ineranza estrinseca"), in: *Rivista di diritto tribu-*

tario, 2012, pagina 410.

[5] Così Lupi Raffaello, Limiti alla deduzione degli interessi e concetto generale di ineranza, in: *Corriere tributario*, 2008, pagina 771.

[6] Prima della Riforma del diritto societario introdotta dal Decreto Legislativo (di seguito D.Lgs.) n. 6/2003, era dibattuto se, in seguito al verificarsi di una perdita di oltre un terzo del capitale con riduzione di questo al disotto del minimo legale, la mancata adozione dei provvedimenti di cui all'articolo 2447 Codice civile (riduzione del capitale e contemporaneo aumento del medesimo ad una cifra non inferiore al detto minimo) assumesse la valenza di condizione risolutiva oppure di condizione sospensiva rispetto allo scioglimento della società. Dopo la Riforma tende a prevalere la seconda tesi (cfr. Cian Giorgio/Trabucchi Alberto, *Commentario breve al Codice Civile*, 2011, commento *sub* articolo 2447; Campobasso Gian Franco, *Diritto Commerciale - Diritto delle società*, 2, Torino 2012, pagina 531).

[7] Si veda la circolare ministeriale n. 30 del 7 luglio 1983.

[8] Si veda la Corte di Cassazione, sentenza n. 6502 del 19 maggio 2000.

[9] Si veda la Corte di Cassazione, sentenza n. 9756 del 18 giugno 2003.

[10] Ad esempio, la Corte di Cassazione (sentenza n. 6548 del 27 aprile 2012) ha affermato che è inerente il costo sostenuto dal distributore esclusivo per l'Italia dei prodotti recanti un determinato marchio, al fine di pubblicizzare tale marchio nel territorio italiano, a nulla rilevando la circostanza che il sostenimento del relativo onere si riverberi indirettamente anche a van-

Elenco delle fonti fotografiche:

http://www.progettoads.net/%5Calle%20gati%5CADS_t_notizie%5C1069%5CFILE_Immagine_Cassazione.jpg [25.09.2013]

http://i.res.24o.it/images2010/SoleOnline5/_Immagini/Norme%20e%20Tributi/2010/09/bilancio-societa-672x351.jpg?uuid=c9796636-c4f2-11df-a6bc-5bca700c7b62 [25.09.2013]

taggio del produttore e titolare del marchio, residente in Giappone.

[11] Si veda la Corte di Cassazione, sentenza n. 3891 del 22 febbraio 2007. Sul tema, Zizzo Giuseppe, *Inerenza ai ricavi o all'attività? Nuovi spunti su una vecchia questione*, in: *Rassegna tributaria*, 2007, pagina 1796.

[12] In questo senso, tra gli altri, Zizzo Giuseppe, op. cit., pagina 414; Nussi Mario, *Il giudizio di inerenza dei compensi agli amministratori tra insindacabilità delle scelte imprenditoriali e autonomia dai fenomeni simulatori o elusivi*, in: *Giurisprudenza Tributaria*, 2011, pagina 406; Tinelli Giuseppe, op. cit., pagina 109; Lupi Raffaello, *Inerenza e discrezionalità dell'imprenditore nell'organizzazione dell'impresa*, in: *Crovato Francesco/Lupi Raffaello, Il reddito di impresa*, Milano 2002, pagina 92; Beghin Mauro, *Perdite su crediti, antieconomicità dell'operazione e giudizio di inerenza*, in: *Corriere tributario*, 2007, pagina 384. Non può peraltro essere condiviso quell'indirizzo giurisprudenziale che ritiene "automaticamente" non inerente, in tutto o in parte, un costo effettivamente sostenuto sul fondamento esclusivo della sua divergenza quantitativa (non congruità) rispetto al parametro del valore normale di cui all'articolo 9 TUIR (tra le tante, Corte di Cassazione, sentenza n. 9497 dell'11 aprile 2008, in materia di cosiddetto *transfer pricing* interno tra società residenti), in assenza di una più articolata ricostruzione fattuale volta a disvelare sostanziali erogazioni di reddito (liberali o meno che siano), o assetti simulatori. Sulla differenza che intercorre tra i concetti di inerenza e congruità dei costi, si vedano, in particolare, Fantozzi Augusto, *Sindacabilità delle scelte imprenditoriali e funzione nomofilattica della Cassazione*, in: *Rivista di diritto tributario*, 2003, pagina 557 e, da ultimo, Fransoni Guglielmo, *La Finanziaria 2008 e i concetti di inerenza e congruità*, Milano 2008, pagine 145 e seguenti.

[13] In altra occasione (Corte di Cassazione, sentenza n. 20451 del 6 ottobre 2011), il difetto di inerenza è stato ravvisato con riferimento al costo sostenuto dall'acquirente per acquistare una partecipazione da altra società del gruppo a prezzi superiori a quelli di mercato. Nella specie, la Suprema Corte ha valutato la maggiorazione di prezzo "non giustificata sul piano della correttezza", ritenendo "indiscutibile la sua non inerenza e comunque la mancanza di prova in ordine a tale requisito". La sentenza citata è peraltro criticabile sotto altri aspetti, sia nel merito delle argomentazioni utilizzate per presumere la sussistenza di un'erogazione gratuita tra le due società, sia per l'indebita commistione tra i concetti di "fittizietà" e "non inerenza" di un costo.

[14] Ad esempio, la Corte di Cassazione (sentenza n. 23863 del 19 novembre 2007) ha sostenuto la deducibilità della perdita conseguente ad una transazione nel corso della quale una società ita-

liana aveva rinunciato a crediti vantati verso un ente governativo libico, al fine di salvaguardare i buoni rapporti esistenti con la controparte e acquisire nuovi contratti per il futuro, affermando che "l'imprenditore [...] può legittimamente compiere operazioni di per se stesse antieconomiche in vista ed in funzione di benefici economici su altri fronti" (per converso, non sarebbe inerente la perdita derivante dalla rinuncia ad un credito che appaia "come una liberalità", come da ultimo ribadito nella circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 26/E del 1. agosto 2013, paragrafo 3). Analoga impostazione traspare dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 1389 del 21 gennaio 2011, che non esclude l'inerenza del costo d'acquisto di beni concessi in comodato gratuito a società estere terziste (né li ritiene destinati a finalità estranee all'impresa) ove vi sia la prova che la comodataria si è obbligata "a rivendere le merci prodotte alla comodante ad un prezzo determinato tale da giustificare l'operazione complessiva di delocalizzazione della produzione".

[15] Si veda, ad esempio, la sentenza della Corte di Cassazione n. 13224 del 6 giugno 2007, che ha riconosciuto l'inerenza e la deducibilità della minusvalenza realizzata dalla società cedente per effetto della cessione di partecipazioni azionarie ad un'altra società del gruppo per un corrispettivo simbolico di mille lire perché, mediante una pattuizione con la società cessionaria, la società cedente era stata manlevata da una garanzia di consistente importo prestata in favore della partecipata, in pessime condizioni economiche. Situazione analoga è quella affrontata nella risoluzione dell'Agenzia delle Entrate n. 25/E del 26 febbraio 2001, nella quale la cessione di una partecipazione a valori contabili, con realizzo di una ingente minusvalenza, era riequilibrata sul piano del sinallagma contrattuale dall'impegno dell'acquirente di assumere i dipendenti del cedente, sollevando quest'ultimo dal sostenimento di ingenti oneri per incentivi all'esodo.

[16] Spunti in questo senso si rinvengono in Lupi Raffaello, *L'oggetto economico delle imposte nella giurisprudenza sull'antieconomicità*, in: *Corriere tributario*, 2009, pagina 262, ove è proposto l'esempio di aziende cedute per un prezzo nominale (e magari *cum dote*) per evitare il fallimento ed il conseguente eventuale danno di immagine.

[17] Si vedano le considerazioni già svolte alla nota 2.

[18] Si veda la relazione al citato D.L. n. 557/1993, che, a commento della rimozione del previgente divieto di computare il versamento del "sottozero" ad incremento del costo fiscale della partecipazione, afferma che "il socio di una società di capitali che, pur non essendo obbligato, in quanto limitatamente responsabile, ripiana un deficit patrimoniale, effettua in sostanza un nuovo investimento, il cui costo di acquisizione non può che essere costituito dall'intero ammontare del versamento a copertura delle perdite".

[19] In questo senso si veda anche la Corte di Cassazione, sentenza n. 10981 del 13 maggio 2009.

[20] In questo senso, in particolare, Nussi Mario, op. cit., pagina 408, ove anche una presa di distanza dalla teoria delle cosiddette "simmetrie fiscali" intersoggettive. Si rammenta anche l'affermazione della Corte di Cassazione, nella sentenza n. 16642 del 29 luglio 2011, secondo cui "l'antieconomicità della gestione di una società non può legittimamente dipendere, sotto il profilo fiscale, da politiche di gruppo volte semplicemente a dirottare i ricavi dall'uno all'altro soggetto, senza una valida e comprovata giustificazione".

[21] La dottrina pressoché unanime concorda in merito all'impossibilità di attribuire autonomia soggettiva fiscale al "gruppo" consolidato. Per tutti si veda Fantozzi Augusto, *La nuova disciplina Ires: I rapporti di gruppo*, in: *Rivista di diritto tributario*, I, 2004, pagina 502.

[22] Sul punto, in particolare, Zizzo Giuseppe, op. cit., pagina 416.

[23] Non paiono condivisibili le argomentazioni contenute nella sentenza della Commissione Tributaria Provinciale di Reggio Emilia, sezione IV, 8 marzo 2010, n. 45 che ha ritenuto di potere individuare tale norma nel divieto di doppia imposizione sancito dall'articolo 163 TUIR. Per un'argomentata critica della sentenza, si veda Pepe Francesco, *Spunti sul divieto di doppia imposizione "interna"*, in: *Rassegna tributaria*, 2010, pagina 1391. Per un tentativo di individuare l'obbligo di cui si discorre nei principi generali sulla giusta imposizione ricavati dall'articolo 53 della Costituzione della Repubblica italiana, si veda Burelli Silvia, *Spunti di riflessione su erronea imputazione dei costi ed accertamento del reddito nel consolidato nazionale tra principio di inerenza, divieto di doppia imposizione ed effettività della capacità contributiva*, in: *Rivista di diritto tributario*, II, 2011, pagine 158 e seguenti.

[24] Si veda in particolare la Corte di Cassazione, sentenza n. 2193 del 16 febbraio 2012, con cui la Corte ha censurato alla luce del principio del divieto di abuso del diritto una fattispecie che aveva natura evasiva, perché configurante una violazione diretta dell'articolo 110, comma 7, TUIR, in materia di *transfer pricing*. In argomento, Pedrotti Francesco, *Il non divisibile utilizzo dell'art. 37 bis del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 e del principio giurisprudenziale del divieto di abuso del diritto al fine di contrastare una presunta violazione in materia di prezzi di trasferimento*, in: *Rivista di diritto tributario*, IV, 2012, pagina 24.

[25] Sulla questione, si vedano, tra gli altri, Lupi Raffaello, op. cit., pagina 261; Ballancin Andrea, *L'antieconomicità tra occultamento di capacità contributiva, elusione fiscale e il "dover essere" tributario*, in: *Rivista di diritto tributario*, II, 2012, pagine 199 e seguenti.

[26] Si veda la Corte di Cassazione, sentenza n. 1464 del 21 gennaio 2009, secondo la quale occorrerebbe "verificare il lecito impiego o meno del concetto di inerenza" in quanto "vi è stretta correlazione tra condotta ipoteticamente elusiva e «portata» dell'inerenza che sottende l'applicabilità di meccanismi di detrazione e compensazione nella formazione del reddito di impresa, tanto implicando che i due fenomeni non possono essere vagliati l'uno indipendentemente dall'altro" (a commento, Beghin Mauro, Alla ricerca di punti fermi in tema di elusione fiscale e abuso del diritto tributario, in: Bollettino tributario, 2009, pagina 1418). Diversa è l'ipotesi affrontata dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 12622 del 20 luglio 2012, ove la Corte ha ravvisato la violazione del divieto di abuso del diritto in relazione alla deduzione di una minusvalenza realizzata per effetto della cessione di una partecipazione, quale ultimo atto di una sequenza di operazioni tra loro collegate e intervenute nell'ambito del gruppo. In tale contesto, a quanto sembra, il difetto di inerenza riguardava un "tassello" dell'operazione precedente alla cessione della partecipazione: in specie, la rinuncia ad un credito effettuato (senza apparenti ragioni economiche) dalla società partecipata, che non aveva dato origine ad alcuna contestazione nei confronti di tale società (in ragione della sua residenza estera), ma che aveva creato i presupposti per la successiva emersione della minusvalenza in capo alla partecipante-cedente.

[27] Con riferimento alle plusvalenze realizzate tramite destinazione a finalità estranee di beni, si veda l'articolo 86, comma 1, lettera c) TUIR. Relativamente alle minusvalenze, si veda l'articolo 36, comma 18 D.L. n. 223/2006, convertito dalla L. n. 248/2006, che ne ha soppresso la deducibilità introdotta dalla riforma dell'Imposta sul reddito delle società (di seguito IRES). Per l'indeducibilità dei costi relativi ai beni di impresa concessi in godimento ai soci o familiari dell'imprenditore, si veda l'articolo 2, comma 36-*quaterdecies* D.L. n. 138/2011 (convertito dalla L. n. 148/2011).

[28] In relazione all'inapplicabilità alle prestazioni di servizi delle disposizioni in materia di destinazione a finalità estranee di beni, cfr., *inter alia*, Leo Maurizio, Le imposte sui redditi nel Testo Unico, 2010, pagina 1463.

[29] La contestazione del difetto di inerenza o l'applicazione della norma in materia di destinazione di beni a finalità estranee all'impresa si presterebbero, invece, più propriamente a contrastare fenomeni macroscopici di diretto trasferimento di reddito intragruppo, attuati mediante acquisti o cessioni con controparti contrattuali appartenenti al gruppo, per corrispettivi del tutto privi di giustificazione economica (che danno luogo a costi abnormi o ricavi irrisori, sintomatici della natura erogatoria del negozio posto in essere). Sul punto, si veda anche Stevanato Dario, Una conferma delle insufficienti riflessioni sulla

derivazione contrattuale del concetto di reddito, in: Dialoghi tributari, n. 6/2008, pagina 87.

[30] Altro esempio potrebbe riguardare la deduzione degli interessi passivi da parte di una società che abbia contratto un mutuo oneroso con una banca al solo scopo di utilizzare la liquidità così ottenuta per erogare un finanziamento gratuito alla società controllante residente (ciò, sempre che si ritenga che la sussistenza del requisito di inerenza debba sussistere anche per gli interessi passivi sostenuti da soggetti IRES, come la Suprema Corte sembra avere da ultimo riconosciuto nella sentenza n. 24930 del 25 novembre 2011, in linea con la dottrina dominante, con un *revirement* rispetto al proprio orientamento precedente).

[31] Tale (censurabile) tendenza, rinvenibile nella recente giurisprudenza della Corte di Cassazione, è posta in evidenza, in particolare, da Falsitta Gaspare, Spunti critici e ricostruttivi sull'errata commistione di simulazione ed elusione nell'onivoro contenitore detto "abuso del diritto", in: Rivista di diritto tributario, II, 2010, pagina 359.