

CORTE DI CASSAZIONE

Sentenza 19 dicembre 2014, n. 27087

Tributi - Reddito d'impresa - Deducibilità perdita su crediti - Onere della prova sul contribuente - Contenuto della prova - Lettera del legale che sconsiglia la procedura di recupero crediti - Non valida

Svolgimento del processo

Decidendo sui ricorsi in appello dell'Ufficio di Pietrasanta della Agenzia delle Entrate - nelle cause riunite aventi ad oggetto la opposizione di H. s.p.a. agli avvisi di accertamento con i quali venivano recuperate le imposte per omesso versamento delle ritenute di acconto IRPEF per gli anni 1996,1997 e 1998; per maggiore IRPEG ed ILOR dovuta per gli anni 1996 e 1997; per indebita detrazione IVA relativa all'anno 1997 e maggiore IRAP dovuta per l'anno 1998 - la Commissione tributaria della regione Toscana con sentenza in data 31.7.2007 n. 54, accertato preliminarmente l'intervenuto giudicato interno sulla pretesa tributaria ritenuta dal primo Giudice fondata, quanto ai rilievi formulati ai nn. 4, 6,9 e 10, ed infondata quanto al rilievo formulato al n. 5:

a) ha riformato la sentenza di primo grado, in parziale accoglimento dell'appello dell'Ufficio, ritenendo legittimo l'accertamento (di cui al rilievo n. 7) del maggiore reddito d'impresa per indebita deduzione di perdite su crediti, non avendo la società fornito prova della certa irrecuperabilità dei crediti o della pendenza di procedure concorsuali, come richiesto dall'art. 66 co 3 TUIR, ed avendo utilizzato il "fondo svalutazione crediti" in misura superiore a quella consentita;

b) per il resto ha confermato la decisione di prime cure, annullando gli avvisi di accertamento e: 1 - ritenendo insussistente l'obbligo di operare le ritenute d'acconto IRPEF (rilievo n. 1), atteso che i compensi erano stati corrisposti dalla società per prestazioni di lavoro autonomo eseguite all'estero, come previsto dall'art. 25 co 2 Dpr n. 600/73 e non gravando sulla società l'onere della prova dell'assolvimento nello Stato estero della imposta da parte dei professionisti ; 2 - ritenendo infondata la pretesa relativa alla omessa contabilizzazione di interessi attivi conseguiti da marni erogati a favore della controllata estera H. Europe (rilievo n.2), atteso che i contratti di mutuo erano stati stipulati a titolo gratuito per fare fronte ad esigenze temporanee della controllata, non essendo pertanto derivato alla contribuente alcun incremento di reddito, per interessi, dalla operazione; 3 - ritenendo del pari infondata la pretesa concernente la indebita deduzione di quote di ammortamento nell'anno non di competenza (rilievo n. 7), in quanto risultava dalla istruttoria che la società aveva correttamente iniziato l'ammortamento quando "i beni strumentali erano stati immessi nel processo produttivo", come richiesto dall'art. 67 co 1 TUIR; 4 - rilevando che, quanto alle cessioni nazionali alla esportazione in Arabia Saudita, effettuate ai sensi dell'art. 8 co 1 Dpr n. 633/72 (rilievo n. 8), risultava agli atti la prova - ed era comunque incontestato dall'Ufficio - che la merce fosse stata effettivamente esportata fuori del territorio doganale, essendo del tutto irrilevante che le operazioni di esportazione fossero state eseguite per conto del cedente o, come nella specie, del cessionario nazionale.

Avverso la sentenza di appello H. s.p.a. ha proposto ricorso per cassazione, deducendo due motivi di impugnazione, con atto ritualmente consegnato all'Ufficiale giudiziario in data 30.10.2008 e notificato alla Agenzia delle Entrate in data 31.10.2008.

La causa è stata iscritta presso la Cancelleria di questa Corte al RG n. 25593/08. La intimata non ha svolto difese e la società ha depositato memoria illustrativa.

Avverso la medesima sentenza di appello ha proposto ricorso per cassazione, deducendo cinque motivi di impugnazione, anche la Agenzia delle Entrate con atto spedito a mezzo posta, ai sensi dell'art. 149 c.p.c., in data 3.11.2008 e pervenuto alla società contribuente nel domicilio eletto presso il difensore abilitato in data 6.11.2008.

La causa è stata iscritta presso la Cancelleria di questa Corte al RG n. 26543/2008. La società ha notificato ritualmente controricorso.

Motivi della decisione

1. Preliminarmente le cause iscritte al RG n. 25593/2008 (ricorso proposto da H. s.p.a.) ed al n. 26543/2008 (ricorso proposto da Agenzia delle Entrate e controricorso della società H.) debbono essere riunite ai sensi dell'art. 335 c.p.c., trattandosi di impugnazioni proposte avverso la medesima sentenza di appello.

1.1 Osserva il Collegio che, indipendentemente dalla corretta individuazione della data (31.10.2008 ovvero 3.11.2008) in cui il ricorso per cassazione proposto dalla Agenzia delle Entrate è stato consegnato all'Ufficiale giudiziario (l'atto risulta infatti consegnato dall'Ufficiale giudiziario all'agente postale e da questo spedito con racc. AR In data 3.11.2008; nel prospetto allegato al ricorso recante "accettazione raccomandata di atti per i quali si richiede la notifica a mezzo di ufficiale postale secondo convenzione AGS del 12.4.2007" risultano apposte tre sigle illeggibili rispettivamente dell'impiegato dell'Avvocatura Generale dello Stato, dell'Ufficiale giudiziario, e dell'impiegato postale: soltanto la prima è corredata dal timbro dell'ufficio di appartenenza e reca la data autografa 31.10.2008; la firma dell'impiegato postale reca accanto la data autografa del 3.11.2008; la firma dell'Ufficiale giudiziario non è seguita da alcuna data. Nello spazio che precede le tre firme vi è annotazione autografa "atto pervenuto il 31.10.2008 ore 13.00 (giornata prefestiva)"), il ricorso dell'Agenzia fiscale risulta proposto tardivamente rispetto al termine lungo di impugnazione ex art. 327 c.p.c., cui rinviano gli artt. 38 co 3 e 51 co 1 DIgs n. 546/1992 (decorso il 30.10.2008), e comunque in data successiva a quella della notifica del ricorso proposto da H. s.p.a. (perfezionatosi nei confronti del soggetto richiedente la notifica con la consegna dell'atto all'Ufficio giudiziario avvenuta in data 30.10.2008), ma pur sempre entro il termine di decadenza previsto dall'art. 370 c.p.c. per la notifica del controricorso, con la conseguenza che il ricorso autonomamente proposto dalla Agenzia delle Entrate avverso la stessa sentenza già impugnata dalla società contribuente, per il generale principio di conservazione degli effetti giuridici, si converte in ricorso incidentale - sussistendo i requisiti essenziali di tale atto e non essendo per questo prescritti specifici requisiti di forma; art. 371 c.p.c. - venendo a soddisfare, in virtù della riunione delle cause disposta ai sensi dell'art. 335 c.p.c., al requisito del "simultaneus processus" richiesto a pena di decadenza dall'art. 333 c.p.c. (cfr. Corte cass. Sez. 21 Ordinanza n. 26622 del 06/12/2005; id. Sez. U, Sentenza n. 15843 del 07/07/2009; id. Sez. 3, Sentenza n. 25054 del 07/11/2013; id. Sez. 5, Sentenza n. 16221 del 16/07/2014), con conseguente rigetto della eccezione di inammissibilità del ricorso, formulata dalla parte resistente, per decadenza dal termine di impugnazione ex art. 327 c.p.c..

I) esame dei motivi del ricorso principale proposto da H. s.p.a. (RG n. 25593/2008).

I.1. Con il primo motivo la ricorrente principale impugna, per violazione e falsa applicazione dell'art. 66 co 3 TUIR, testo vigente, e dell'art. 2697 c.c., in relazione all'art. 360 co 1 n. 3) c.p.c., l'unico capo della sentenza di appello sfavorevole alla società relativo al riconoscimento della pretesa fiscale concernente la determinazione del maggior reddito impresa ai fini IRPEG ed ILOR per indebita deduzione di perdite su crediti.

Sostiene la società che la "perdila del credito", nella nozione accolta dall'art. 66, comma 3, TUIR nel testo vigente "ratione temporis" ha contenuto eminentemente economico e viene a risolversi in una valutazione prudentiale del rischio del mancato conseguimento alla scadenza del dovuto, valutazione che la norma correla ai due elementi oggettivi della certezza e della precisione (art. 66, comma 3, TUIR "Le perdite di beni di cui al comma 1, commisurate al costo non ammortizzato di essi, e le perdite su crediti sono deducibili se risultano da elementi certi e precisi e in ogni caso, per le perdite su crediti, se il debitore è assoggettato a procedure concorsuali") non occorrendo pertanto né la prova della situazione di insolvenza o dell'espletamento di procedure concorsuali nei confronti del debitore, né la indicazione dei motivi di tali perdite. Ne consegue, secondo la ricorrente, che deve ritenersi errata in diritto la statuizione della CTR che ha posto a carico della società l'onere della prova della insolvenza risultante dalla situazione di bilancio dei soggetti debitori, peraltro solo in parte enti societari, e dell'inutile esperimento di procedure esecutive.

1.2 Il motivo è infondato.

1.3 Per costante giurisprudenza di legittimità, in tema di imposte sui redditi e con riguardo alla determinazione del reddito d'impresa, il contribuente che intenda contestare il disconoscimento di una perdita su crediti da parte dell'ufficio ha l'onere di fornire la prova dei fatti costitutivi del suo preteso diritto alla deducibilità della perdita ai sensi dell'art. 66, comma terzo, del d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, e dunque di fornire gli elementi "certi e precisi" richiesti dalla norma per dimostrare che la perdita si era verificata effettivamente: elementi che, d'altro canto, il giudice ha il potere-dovere di valutare, quanto alla loro idoneità a rappresentare una perdita credibile, indipendentemente dalle motivazioni addotte dall'ufficio in sede di accertamento o in sede di giudizio (cfr. Corte cass. Sez. 5, Sentenza n. 15563 del 11/12/2000; id. 5, Sentenza n. 3862 del 16/03/2001; id. Sez. 5, Sentenza n. 19913 del 14/10/2005; id. Sez. 5, Sentenza n. 5357 del 10/03/2006; id. Sez. 5, Sentenza n. 23863 del 19/11/2007; id. Sez. 5, Sentenza n. 16823 del 24/07/2014).

Più esattamente tali perdite su crediti debbono considerarsi rilevanti ai fini della corretta rappresentazione dei fatti gestionali e della loro deducibilità dal reddito, laddove sussistano - ed ove contestali dal Fisco ne venga fornita prova dal contribuente - elementi indiziari (dunque obiettivamente apprezzabili) tali da, secondo una coerente valutazione prognostica (fondata su criteri di causalità probabilistica), rendono attendibile il rischio di una inesigibilità del credito, rischio legalmente presunto dall'art. 66, comma 3, TUIR nel caso in cui il debitore risulti assoggettato a procedure concorsuali.

1.4 La CTR toscana, diversamente da quanto ipotizzato dalla ricorrente, ha avuto ben presente la distinzione normativa tra oggetto della prova di cui è onerato il contribuente, quanto agli elementi di certezza e precisione, e situazioni legalmente predeterminate di perdita del credito, concernenti l'assoggettamento del debitore a procedure concorsuali, ritenendo - con accertamento di merito insindacabile in questa sede ove esente da errori o vizi logici - insussistente la prova richiesta offerta dalla società attraverso una mera "lettera del legale che sconsiglia di procedere" (valutazione di merito che non impinge sul dedotto vizio di violazione della regola del riparto ex art. 2697 c.c., da ritenersi penante manifestamente infondato, avendo la CTR correttamente distribuito l'onere sulla parte contribuente, gravata della prova degli elementi dai quali inferire con certezza e precisione della inesigibilità del credito) ed adducendo, a titolo meramente esplicativo e senza alcuna preclusione di una diversa prova indiziaria degli elementi "certi e precisi" della perdita, che la società avrebbe dovuto dimostrare la pendenza di procedure esecutive nei confronti dei debitori ovvero di situazioni contabili delle società debtrici idonee a presumere la oggettiva incapacità di realizzazione del credito.

1.5 La società, con il motivo di ricorso in esame, assume di aver prodotto in giudizio adeguati elementi probatori (lettere di diversi legali che consigliano di abbandonare il recupero del eredito, in esito a visure camerali, o alla insussistenza di beni aggreditoli, od ancora a ricerche nel registro delle imprese, o più genericamente suggeriscono "di desistere dal coltivare iniziative giudiziarie volte al recupero della relativa somma": ricorso pag. 9-10).

1.6 In disparte il dirimente rilievo per cui tale critica, incidendo sull'apprezzamento in fatto delle risultanze istruttorie, introduce un vizio logico della motivazione che andava censurato in relazione all'art. 360 co 1 n. 5 c.p.c. e non sotto il profilo della violazione di norma di diritto, contestato in rubrica e nel quesito di diritto ex art. 366 bis c.p.c., osserva il Collegio che l'assunto difensivo, volto a sostenere che il contribuente non è onerato alla allegazione dei "motivi" che inducono a desistere dal recupero del credito, è manifestamente infondato, avuto riguardo alla natura dell'elemento indiziario addotto a prova (consulenza legale), consistente in una manifestazione di opinione che, se pure espressa da professionisti legali, non può che essere, a sua volta, fondata su circostanze di fatto obiettive (compendiate proprio nei "motivi" del rischio di inadempimento definitivo del debitore), le quali soltanto possono e debbono essere apprezzate dal Giudice di merito in relazione ai caratteri di "certezza e precisione" richiesti dalla norma tributaria, e che se non allegate specificamente dal contribuente determinano il mancato assolvimento dell'onere probatorio, come rilevato, appunto, nel caso di specie dalla CTR (su tale aspetto la giurisprudenza della Corte ha chiarito che gli elementi certi e precisi, che la norma pone a carico del contribuente, "devono riguardare le ragioni che hanno consigliato l'operazione ed il conseguente recupero solo parziale, dovendosi escludere, ai di fuori dell'ipotesi del debitore assoggettato a procedure concorsuali, resistenza di qualsiasi automatismo di deducibilità delle perdite": Corte cass. Sez. 5, Sentenza n. 16823 del 24/07/2014). Il richiamo della società ricorrente al precedente di questa Corte n. 23863/2007, non è pertinente in quanto l'affermazione estrapolata dalla motivazione di detta sentenza, secondo cui "In diritto, inoltre ed infine, va affermata la irrilevanza, ai fini della norma in esame, dei motivi della perdita atteso che per il legislatore è necessario ma anche sufficiente che la perdita sia certa e precisa, ovverosia effettiva e determinata", va inquadrata nella peculiare fattispecie e trova immediata comprensione nella parte successiva della motivazione ove si chiarisce "che la scelta imprenditoriale di transigere con un proprio cliente non rende indeducibile la perdita conseguente perché, come innanzi rilevato, il legislatore ha riguardo solo alla oggettività della perdita e non pone nessuna limitazione o differenziazione a seconda della causa di produzione della stessa pertanto, diversamente da quanto opinato dalla difesa della società ricorrente, nel caso esaminato dal precedente invocato, era stato specificamente indicato il ",motivo" della perdita (stipula di atto di transazione), e la Corte ha ritenuto infondata la contestazione della Amministrazione finanziaria secondo cui le ipotesi di volontaria rinuncia al credito dovevano intendersi escluse dall'ambito applicativo dell'art. 66 co 3 TUIR.

1.7 Con il secondo motivo la società deduce il vizio di omessa motivazione su un punto di fatto controverso e decisivo ex art. 360 co 1 n. 5 c.p.c., concernente la omessa valutazione delle risultanze probatorie della perdita del credito consistenti nelle comunicazioni dei legali interessati dalla società del recupero dei crediti.

1.8 Il motivo è inammissibile ed infondato.

1.9 E' inammissibile alla stregua del principio costantemente affermato dalla Corte secondo cui il motivo di ricorso per cassazione, con il quale si facciano valere vizi della sentenza impugnata a norma dell'art. 360 n. 5) cod. proc. civ. (deve articolarsi con la precisa indicazione di carenze o lacune nelle argomentazioni in cui sia incorso il giudice di merito, ovvero con la specificazione di illogicità consistenti nell'attribuire agli elementi di giudizio un significato estraneo al senso comune, od ancora nell'indicazione della mancanza di coerenza tra le varie ragioni esposte e quindi

dell'assoluta incompatibilità razionale degli argomenti e dell'insanabile contrasto degli stessi. Con detto motivo non può, invece, farsi valere la non rispondenza della ricostruzione dei fatti operata dal giudice del merito al convincimento della parte ed in particolare non può proporsi un preteso migliore e più appagante coordinamento dei dati acquisiti, poiché tali aspetti di giudizio, essendo interni all'ambito della discrezionalità di valutazione degli elementi di prova e dell'apprezzamento dei fatti, attengono al libero convincimento del giudice e non ai possibili vizi dell'iter formativo di tale convincimento, di modo che sono estranei al suddetto motivo di ricorso, che altrimenti si risolverebbe in una istanza di revisione delle valutazioni e dei convincimenti del giudice di merito (cfr. Corte cass. II sez. 6.10.1999 n. 11121; id. sez. lav. 22.2.2006 n. 3881; id. Sez. 1, Sentenza n. 1754 del 26/01/2007; id. Sez. U, Sentenza n. 24148 del 25/10/2013).

I.10 E' comunque infondato per le considerazioni svolte nell'esame del precedente motivo, secondo cui, altro sono gli elementi circostanziali - oggettivamente apprezzabili - dai quali inferire la previsione probabilistica di perdita del credito, altro sono invece le valutazioni giuridiche espresse da un professionista in ordine alla opportunità di desistere dal recupero del credito, ove non contengano alcun riferimento agli elementi oggettivi "certi e precisi della perdita in base ai quali è stata fornita la consulenza legale del professionista.

I.11 In conclusione il ricorso principale deve essere rigettato.

II) esame dei motivi del ricorso incidentale autonomo proposto dalla Agenzia delle Entrate (RG n. 26543/2008).

II.1 Occorre premettere che l'unico capo di sentenza impugnato dalla Agenzia delle Entrate concerne il rilievo n. 2 (omessa contabilizzazione di interessi attivi su operazioni di finanziamento transfrontaliere infragruppo) in relazione al quale la Commissione regionale ha ritenuto infondata la pretesa fiscale ex art. 76 co 5 TUIR (attuale art. 110), rilevando che i finanziamenti a titolo gratuito erogati dalla controllante italiana alle società controllate H. Europe SA, con sede in Lussemburgo, e Balfour Quarry INC, con sede in USA, non potevano essere assimilati a fini fiscali, alla stregua della nonna tributaria indicata, a contratti di mutue "a titolo oneroso", non prevedendolo la norma e, comunque, risultando giustificata la gratuità dallo scopo economico perseguito dalla controllante ("ottimizzare le risorse disponibili... mantenere la quota di mercato.... evitare una eccessiva esposizione della H. s.p.a. verso terzi: cfr. sentenza CTR).

II.2 Con il primo, secondo, terzo e quinto motivo la Agenzia fiscale, ricorrente incidentale, denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 9 e 76 co 5 TUIR, e dell'art. 12 disp. prel. c.c., nonché (terzo motivo) dell'art. 2697 c.c., in relazione all'art. 360 co 1 n. 3 c.p.c.

II.3 La Agenzia fiscale censura la sentenza di appello in ordine alla errata interpretazione delle norme tributarie, laddove la CTR ha ritenuto di escludere la applicazione della disposizione del comma 5 dell'art. 76 Dpr n. 917/1986 TUIR, nel testo vigente *ratione temporis* ("I componenti del reddito derivati da operazioni con società non residenti nel territorio dello Stato che, direttamente o indirettamente, controllano l'impresa, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa, sono valutati in base al valore normale dei beni ceduti? dei servizi prestati e dei beni e servizi ricevuti, determinato a norma del comma 2, se ne deriva aumento del reddito; la stessa disposizione si applica anche se ne deriva una diminuzione del reddito, ma soltanto in esecuzione degli accordi conclusi con le autorità competenti degli Stati esteri a seguirò delle speciali "procedure amichevoli" previste dalle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni sui redditi. La presente disposizione si applica anche per i beni ceduti e i servizi prestati da società non residenti nel territorio dello Stato per conto delle quali l'impresa esplica attività di vendita e collocamento di materie prime o merci o di fabbricazione, o lavorazione di prodotti) in

considerazione della natura gratuita del prestito di denaro erogato dalla controllante italiana alle società controllate estere (H Europe s.a. con sede in Lussemburgo; Balfour Quarry Inc. con sede in USA) non derivando da tale operazione alcun aumento di reddito imponibile. Secondo la ricorrente incidentale è, invece, proprio la gratuità del mutuo ad evidenziare la "situazione di vantaggio" delle controllate estere, che la norma intende impedire, vantaggio di cui le società non avrebbero potuto godere se avessero dovuto reperire la provvista sul mercato, dovendo conseguentemente ritenersi "anormale" - secondo una logica economica - la operazione di finanziamento svolta dalla contribuente (controllante italiana). Legittimamente, pertanto, l'Ufficio finanziario aveva recuperato il reddito d'impresa imponibile (ricavi per interessi corrispettivi) accertato in base al "valore normale" della prestazione, tenuto conto altresì che la anomala operazione in questione rivestiva natura elusiva e quindi ricadeva nella previsione dell'art. 76 co 5 TUIR - che non pone alcuna presunzione assoluta di onerosità dei finanziamenti effettuati infragruppo, semmai una presunzione di elusività - con la conseguenza che alcun onere probatorio ulteriore poteva essere addossato alla FA oltre alla dimostrazione del legame di gruppo societario e della abnormità della operazione.

II.4 I motivi, interamente articolati nella critica alla interpretazione fornita dalla CTR alla norma tributaria in questione, possono essere congiuntamente trattati e debbono ritenersi infondati.

II.5 La Agenzia fiscale, nella esposizione delle proprie tesi difensive, sovrappone piani giuridici distinti, venendo a far coincidere la disciplina normativa della valutazione del "quantum" del bene o servizio ceduto o prestato nelle operazioni infragruppo (ossia dei criteri di determinazione del reddito cui provvedono gli artt. 9 e 76 co 5 TUIR) con la disciplina normativa dell' "abuso del diritto", di derivazione comunitaria, che ha ricevuto esplicito riconoscimento nell'ordinamento interno - in materia non armonizzata: imposte sui redditi - dall'art. 37 bis Dpr n. 600/73.

II.6 Deve premettersi al riguardo che :

- gli "interessi" intesi quali frutti civili volti alla remunerazione della attribuzione di una somma di denaro con obbligo di restituzione del tantundem, comunque ritratti nell'attività d'impresa (idest: indipendentemente dalla qualificazione giuridica dello schema negoziale utilizzato dalle parti), sono considerati fiscalmente redditi / ricavi : art. 56, commi 3 e 4, vecchio TUIR, concernente i redditi d'impresa; artt 41 co 1, lett. a) e 42, commi 1 e 2, vecchio TUIR concernenti i redditi di capitale (attuali art. 44 co 1, lett. a) ; 85 co 1, lett.g), TUIR). L'art. 95, comma 1, vecchio TUIR precisava, inoltre, che il reddito complessivo delle società commerciali "da qualsiasi fonte provenga, è considerato reddito d'impresa ed è determinato secondo le disposizioni degli artt. da 52 a 77, salvo quanto stabilito nelle successive disposizioni del presente capo", conformemente al disposto dell'art. 45 vecchio TUIR che escludeva dalla categoria del reddito di capitale negli interessi...
...conseguiti nell'esercizio di imprese commerciali..."

- nei rapporti tra soci e società, la presunzione legale di fruttuosità dei prestiti in denaro erogati dai soci alla società (onerosità del mutuo) è stabilita, ai fini fiscali, anche per le società di capitali, dal combinato disposto degli artt. 43 co 1 e 95 co 2 vecchio TUIR (le somme versate dai soci alla società "si considerano date a mutuo se dai bilanci allegati alle dichiarazioni dei redditi della società non risulta che il versamento è stato fatto ad altro titolo cfr. attuali art. 46 co 1 ed 81 co 1 TUIR): trattandosi di presunzione legale relativa è suscettiva di prova contraria, essendo consentita al contribuente -nella specie ex latere creditoris - la dimostrazione di aver effettuato l'attribuzione delle somme ad altro titolo e dunque, non solo a titolo di "conferimenti" (imputabili al capitale sociale), ma anche "a fondo perduto" od in "conto capitale" ovvero come "contributo di scopo" con obbligo di restituzione del tantundem, non potendosi quindi escludere anche il prestito senza pattuizione - e quindi senza percezione - di interessi corrispettivi a remunerazione del capitale. Come insegna questa Corte (cfr. Corte cass. 1 sez. 31.3.2006 n. 7692; id. I sez. 30.3.2007 n. 7980,

secondo cui "tra la società ed i soci può anche essere convenuta l'erogazione di capitale di credito, potendo i soci effettuare versamenti in favore della società a titolo di mutuo (con o senza interessi); id. I sez. 13.8.2008 n. 21563; id. I sez. 23.2.2012 n. 2758) il trasferimento di somme dal socio alla società (finanziamento), può avvenire a vario titolo, rendendosi pertanto necessario esaminare quale sia in concreto il rapporto di diritto sostanziale voluto dalle parti, in base al titolo negoziale od agli altri elementi circostanziali - tra i quali anche le appostazioni del finanziamento nelle voci di bilancio - dai quali possa desumersi la effettiva volontà dalle parti. La dazione di denaro, infatti, può essere effettuata: 1-a titolo di partecipazione al capitale di rischio (1a - versamento in conto capitale, od a fondo perduto in funzione di un eventuale aumento di capitale: la struttura sembrerebbe analoga a quella propria del "conferimento" di beni al patrimonio della società; 1b - a copertura delle perdite attuali; 1c- a copertura di perdite future, mediante costituzione di fondo di riserva; ecc.) 2-ovvero a titolo di prestito con obbligo di restituzione della somma (in tal caso si ha la struttura negoziale propria del mutuo). La divergenza essenziale tra le due fattispecie sta nel fatto che, nel primo caso, il socio ha trasferito la somma alla società, vincolandola al perseguimento dell'oggetto sociale e non ha titolo a richiedere la restituzione della somma versata, potendo soltanto partecipare, dopo lo scioglimento, alla liquidazione del patrimonio societario, semprechè quest'ultimo risulti ancora attivo all'esito della estinzione di tutte le passività maturate verso i creditori sociali (vedi, attuali art. 2467 c.c. - concernente soltanto però le s.r.l. e non anche le s.p.a.- e 2497 quinquies c.c. - relativamente a finanziamenti effettuati nell'ambito di una attività di direzione o coordinamento - nel testo introdotto dal Dlgs 17.1.2003 n. 6); nel secondo caso, invece, il socio, non ha inteso vincolare la somma "uti socio" al perseguimento dell'oggetto sociale, ma ha inteso intrattenere con la società un rapporto obbligatorio di finanziamento (che di regola potrà prevedere condizioni particolarmente vantaggiose per il mutuatario) analogo a quello che la società avrebbe potuto concludere con un soggetto terzo, estraneo alla compagnia sociale, e quindi vanta un diritto soggettivo di credito alla restituzione della somma nei confronti della società, obbligata ad adempiere, indipendentemente dalle vicende del rapporto sociale e dallo scioglimento dell'ente collettivo: In questo secondo caso il finanziamento del socio è assimilato, dalle norme tributarie, a pieno titolo al mutuo, che l'art. 181 5 co 1 c.c. definisce "naturalmente" oneroso, fatto salvo il patto contrario tra le parti (tra società e socio può quindi essere convenuto un mutuo anche a titolo gratuito ossia "senza interessi", non potendo per ciò stesso essere riguardata sotto il profilo fiscale tale pattuizione, necessariamente come una condotta irrazionale od anomala sul piano della logica economica, non potendo escludersi che il mutuante a titolo gratuito abbia un proprio e coincidente interesse all'utilizzo che delle somme farà il mutuatario, come si verifica ad esempio nella figura del contratto di "mutuo di scopo").

II.7 In tale quadro normativo si colloca l'art. 76, comma 5, vecchio TUIR (attuale art. 110 co 7) che fissa la regola del "valore normale" dei beni e servizi prestati mediante operazioni infragruppo (rinviando all'art. 9, comma 3, TUIR: si intende per valore normale "il prezzo o corrispettivo mediamente praticato per i beni e i servizi della stessa specie o similari, in condizioni di libera concorrenza e al medesimo stadio di commercializzazione, nel tempo e nel luogo in cui i beni e servizi sono stati acquisiti o prestati, e, in mancanza, nel tempo e nel luogo più prossimi. Per la determinazione del valore normale si fa riferimento, in quanto possibile, ai listini o alle tariffe del soggetto che ha fornito i beni o i servizi e, in mancanza, alle mercuriali e ai listini delle camere di commercio e alle tariffe professionali, tenendo conto degli sconti d'uso. Per i beni e i servizi soggetti a disciplina dei prezzi si fa riferimento ai provvedimenti in vigore."); la disposizione è stata generalmente interpretata come "clausola antielusiva" (derivando dai principi stabiliti dalla Convenzione OCSE de) 1995 in materia di "transfer pricing" dettati a tutela della libera concorrenza) essendo volta ad impedire che, attraverso la manovra dei prezzi, la ricchezza prodotta nello Stato venga artificiosamente trasferita in Paesi con regimi fiscali più favorevoli, attribuendo ai beni o servizi scambiati tra le società del gruppo valori economici maggiori o minori -secondo il criterio del regime fiscale più conveniente - a quelli ordinariamente praticati ai soggetti terzi,

influenza in tal modo sulla determinazione della base imponibile dei soggetti d'imposta residenti in Paesi diversi.

II.8 Tanto premesso osserva il Collegio che è affermazione ormai consolidata nella giurisprudenza di legittimità quella secondo cui, in materia tributaria, il divieto di "abuso del diritto" si traduce in un principio generale antielusivo, il quale preclude al contribuente il conseguimento di vantaggi fiscali ottenuti mediante l'uso distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un'agevolazione o un risparmio d'imposta, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quei benefici (cfr. Corte cass. Sez. 5, Sentenza n. 8772 del 04/04/2008; id. Sez. U, Sentenza n. 30055 del 23/12/2008; id. Sez. U, Sentenza n. 30057 del 23/12/2008, con riferimento alle imposte sui redditi; Sez. 5, Sentenza n. 19234 del 07/11/2012; id. Sez. 5, Sentenza n. 21390 del 30/11/2012; id. Sez. 5, Sentenza n. 17965 del 24/07/2013, con riferimento alla imposta di registro).

II.9 Tale principio generale, se ha trovato codificazione, nell'ambito dei tributi armonizzati, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia (cfr. Corte Giustizia sentenza in data 21.2.2006, causa C-255/02, Halifax plc; id. sentenza in data 21.2.2008, causa C-425/06, Part Service s.r.l. in liq.; id. sentenza 22.5.2008, causa C-162/07, Ampliscientifica ed Amplifin), deve ritenersi altresì immanente all'ordinamento inteso, e dunque applicabile a tutti i tributi anche non armonizzati, in quanto rinveniente il proprio fondamento nei principi costituzionali di capacità contributiva (art. 53 co 1 Cost.) e di progressività della imposizione (art. 53 co 2 Cost.), senza per ciò stesso contrastare con il principio di riserva di legge stabilito dall'art. 23 Cost., "non traducendosi nell'imposizione di obblighi patrimoniali non derivanti dalla legge, bensì nel disconoscimento degli effetti abusivi di negozi posti in essere al solo scopo di eludere l'applicazione di norme fiscali essendo stato opportunamente precisato che tale principio generale antielusivo "comporta l'inopponibilità del negozio all'Amministrazione finanziaria, per ogni profilo di indebito vantaggio tributario che il contribuente pretenda di far discendere dall'operazione elusiva, anche diverso da quelli tipici eventualmente presi in considerazione da specifiche norme antielusive entrate in vigore in epoca successiva al compimento dell'operazione" (cfr. Corte cass. SS.UU. n. 30055/2008 cit).

Ne segue che, trattandosi di principio generale di derivazione costituzionale ed "immanente" all'ordinamento tributario, lo stesso potrà certamente trovare esplicitazione in norme di legge volte a regolare specifiche tipologie di condotta espressamente considerate in ragione della sintomaticità del fenomeno elusivo che assumono in determinati e specifici settori dell'attività economico-finanziaria ritenuti "a maggior rischio" di pratiche abusive, ma non potrà, all'evidenza, essere disconosciuto o reso del tutto inapplicabile in via generalizzata, con riferimento ad intere materie d'imposta, da parte di interventi legislativi che si paleserebbero per ciò stesso violativi del parametro costituzionale indicato (art. 53 Cost.).

Pertanto, se può certamente ravvisarsi un rapporto di "species ad genus" tra la previsione normativa di cui all'art. 37 bis Dpr n. 600/73 (introdotto dall'art. 7 del D.Lgs. 8 ottobre 1997, n. 358, emanato in attuazione della delega conferita al Governo dall'articolo 3, comma 161, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, "per l'emanazione di uno o più decreti legislativi di riforma delle disposizioni delle imposte sui redditi applicabili alle operazioni di cessione di aziende, conferimento di aziende, fusione, scissione e permuta di partecipazioni) ed il principio generale del divieto di "abuso del diritto" essendo rivolta la norma antielusiva sulle imposte dei redditi ad individuare determinate condotte potenzialmente suscettibili - in relazione al contesto od alla natura od all'oggetto della operazione - di essere utilizzate in funzione elusiva (e che, proprio in considerazione della loro elevazione "a sospetto" di elusione rendono opportuna la previsione, nel procedimento di accertamento, di una fase volta a realizzare un contraddittorio anticipato con il contribuente - art. 37 bis comma 4 - al fine di risolvere a monte, in via preventiva, ogni eventuale dubbio in ordine alla

esistenza di concrete ed effettive ragioni giuridico-economiche idonee a giustificare la operazione come non elusiva), non può invece condividersi la conclusione cui sembra pervenire la Agenzia fiscale ricorrente incidentale, tale per cui, anche nel caso in cui non ricorra alcune delle operazioni indicate nell'art. 37 bis, comma 3, Dpr n. 600/73, potrebbe egualmente configurarsi, in materia di imposte dirette, la figura dell'abuso di diritto.

II.10 Tale conclusione, infatti, si fonda su una errata applicazione dei criteri ermeneutici di cui all'art. 12 preleggi, in quanto viene ad attribuire ai primi due commi della norma (che disciplinano la figura generale dell'abuso del diritto) una autonoma portata precettiva rispetto alla disposizione del successivo comma 3 (che considera esplicitamente le condotte attraverso le quali l'abuso può essere realizzato), atteso che la indicata soluzione interpretativa, da un lato, viene palesemente a confliggere con il testo normativo, avuto riguardo all'inequivoco "incipit" del terzo comma ("Le disposizioni dei commi 1 e 2 si applicano a condizione che, nell'ambito del comportamento di cui al comma 2, siano utilizzate una o più delle seguenti operazioni....."), e dall'altro, sembra presupporre un limite alla discrezionalità del Legislatore in ordine alla "tipizzazione" della fattispecie dell'abuso di diritto tributario, che non trova alcun fondamento normativo, omettendo la Agenzia fiscale di considerare che, a fronte di un generale principio antielusivo nell'ordinamento tributario, l'intervento del Legislatore può atteggiarsi in diversi modi, differentemente combinati tra loro: a) introducendo una disciplina di carattere generale ovvero limitata soltanto ad alcuni tributi ; b) ritenendo inficcate da vizio di invalidità le operazioni negoziali che conducano a risultati contrari a quelli voluti dalle norme tributarie, secondo una disciplina analoga a quella del negozio in frode alla legge ex art. 1344 c.c.;

c) richiedendo per la configurazione dell'abuso del diritto, solo in determinati settori di attività o con riferimento ad alcune determinate operazioni economiche, la concomitanza di specifiche condizioni o l'impiego di determinati strumenti negoziali, venendo in tal modo a coesistere figure abusive "tipiche" con la figura "atipica" dell'abuso di diritto, ravvisabile al di fuori di quelle specifiche condizioni o strumenti negoziali espressamente disciplinati; d) riconoscendo determinati elementi di "tipicità" della figura dell'abuso di diritto, mediante la previsione espressa di presupposti di fatto ovvero di condotte negoziali o qualità soggettive, considerati come elementi costitutivi della pratica abusiva, senza i quali, quindi, non è dato ravvisare abuso del diritto, in tal modo escludendo qualsiasi margine di "atipicità" alla figura dell'abuso di diritto tributario.

Nella materia delle "imposte sui redditi" il Legislatore ha inteso optare per la soluzione sub lett. d), preferendo "tipizzare" la figura dell'abuso del diritto convogliandola su specifici elementi individuanti le fattispecie e su determinate operazioni negoziali, in assenza dei quali non sono configurabili (si ripete nella materia delle imposte sui redditi) altre ipotesi (atipiche) di pratiche abusive: l'intento legislativo è stato, infatti, quello di ridurre quanto più possibile, in una materia - quella dei tributi diretti- di particolare rilevanza fiscale e nella quale non operano vincoli comunitari, il margine di errore valutativo nell'attività di accertamento degli Uffici finanziari, avuto riguardo alla notevole elasticità dei margini interpretativi del fenomeno negoziale altrimenti consentita dalla stessa indeterminatezza della nozione di "abuso del diritto" e degli elementi che lo caratterizzano, rispondendo pertanto l'intervento normativo alla esigenza: 1-di limitare il rischio di una indiscriminata applicazione della figura dell'abuso del diritto a qualsiasi fattispecie negoziale (con il conseguente rischio di frequenti ed inevitabili valutazioni contraddittorie di una medesima fattispecie negoziale compiute dai diversi Uffici), evitando la insorgenza di controversie tributarie su accertamenti fiscali che potrebbero presentare elevati rischi di aleatorietà per l'Ufficio finanziario, nonché 2-di evitare che i contribuenti vengano ad essere sottoposti ad inutili e complessi accertamenti fiscali, a discapito di altre e più utili - in termini di risultati conseguibili - attività di verifica e controllo (significative, al riguardo, sono le indicazioni ricavabili dalla Circolare del 19/12/1997 n. 320 del Min. Finanze emessa all'indomani della introduzione dell'art.

37 bis Dpr n. 600/73, ove si afferma esplicitamente che la norma vincola la sua applicazione ad una delle condotte tipiche illustrate nel comma 3: "Si osserva, infine, che nonostante il comma 1 dell'articolo 37-bis del D.P.R. n. 600 del 1973, enunci criteri antielusivi di portata generale, il successivo comma 3 subordina l'applicazione della disposizione antielusiva al compimento di una o più delle operazioni ivi indicate, che sono numericamente superiori a quelle indicate nella previgente normativa di cui all'articolo 10 della legge n. 403 del 1990. In conclusione, la norma antielusiva può trovare applicazione soltanto con riferimento al settore delle imposte sui redditi e semprechè sia siete effettuata una o più delle operazioni predeterminate.").

II.11 Se dunque non può darsi una automatica equiparazione tra la clausola in funzione antielusiva disciplinata dagli artt. 9 co 3 e 76 co 5 vecchio TUIR (Dpr n. 917/1986) e la fattispecie dell'abuso del diritto disciplinata dall'art. 37 bis Dpr n. 600/73 - anche in relazione alla specificità del procedimento di accertamento tributario delineato nei commi 4-6 dell'art. 37 bis Dpr n. 600/73, che non risulta sia stato seguito nella specie dall'Ufficio finanziario, ed al quale la Agenzia fiscale non fa alcun riferimento nel ricorso incidentale, omettendo del pari di fornire qualsiasi indicazione in merito alla riconducibilità del finanziamento erogato dalla controllante italiana alle controllate estere ad alcuna delle operazioni indicate nell'elenco tassativo di cui al comma 3 dell'art. 37 bis cit.- si rende allora necessario inquadrare giuridicamente detta "clausola", verificando in particolare se dalla stessa sia enucleata la tipizzazione una speciale fattispecie elusiva (secondo quanto sembra trasparire dal precedente di questa V sezione in data 16.5.2007 n. 11226 - non in data 27.3.2007 come erroneamente riportato nel ricorso incidentale - più volte richiamato dalla Agenzia fiscale a sostegno della propria tesi difensiva).

II.12 Ritiene il Collegio che il sistema del "valore normale" del bene o servizio scambiato, descritto nel combinato disposto dall'art. 9 co 3 TUIR e dell'art. 76 co 5 TUIR, esuli dallo schema proprio della fattispecie dell'abuso del diritto.

II.13 Secondo la giurisprudenza comunitaria (la cui elaborazione della figura dell'abuso del diritto tributario in ambito di tributi armonizzati è stata recepita dalla giurisprudenza di legittimità ed estesa anche ai tributi non armonizzati) perché si possa parlare di pratica abusiva, occorre che si verifichino due condizioni. Da un lato, le operazioni controverse devono, nonostante l'applicazione formale delle condizioni previste dalle pertinenti disposizioni della direttiva IVA e della legislazione nazionale che la traspone, procurare un "vantaggio fiscale" la cui attribuzione sia contraria all'obiettivo perseguito da queste disposizioni. Dall'altro, deve risultare da un insieme di elementi oggettivi che lo "scopo essenziale" dell'operazione controversa è l'ottenimento di detto vantaggio fiscale (v., in tal senso, Corte Giustizia sentenza 21.2.2006, causa C-255/02, Halifax pie punti 74 e 75; id. sentenza in data 21.2.2008, causa C-425/06, Part Service s.r.l. punto 58; id. sentenza in data 27.10.2011, causa C-504/10, Tanoarch s.r.o., punto 52; id. sentenza in data 22.3.2012, causa C-153/11, Klub OOD; id. sentenza in data 20.6.2013, causa C-653/11, Newey, punto 46).

II.14 L' elemento integrante l' "indebito" vantaggio fiscale per "contrarietà" allo scopo perseguito dalle norme tributarie eluse, va ricercato nella causa concreta della operazione negoziale sottesa al "meccanismo giuridico contorto" (cfr. Corte cass. V sez. 8.4.2009 n. 8487, id. V sez. 10.6.2011 n. 12788 che fanno riferimento ad un "uso improprio, ingiustificato o deviante di un legittimo strumento giuridico" id. V sez. 21.1.2011 n. 1372, id. V sez. 20.5.2011 n. 11236, id. V sez. 20.10.2011 n. 21782, id. V sez. 15.1.2014 n. 653 che fanno riferimento a "vantaggi fiscali ottenuti mediante l'uso distorto, pur se non contrastante con alcuna disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un 'agevolazione od un risparmio d'imposta"; id. V sez. 30.11.2012 n. 21390 che si riferisce a "modalità di manipolazione e di alterazione degli schemi negoziali classici, considerati come irragionevoli in una normale logica di mercato"), volto ad aggirare la normativa tributaria, e

posto in atto per raggiungere lo scopo essenziale del risparmio d'imposta che in altro modo non sarebbe possibile conseguire (cfr. Corte giustizia, Newey, cit. "il principio del divieto dell'abuso del diritto comporta il divieto delle costruzioni meramente artificiose"), rimanendo precluso l'utilizzo di strumenti o combinazioni negoziali, pur se esenti da vizi di nullità ex art. 1418 c.c., volti a realizzare un risultato fiscale non conforme a quello "normale" e cioè non conforme allo scopo voluto dalla norma tributaria elusa, avuto riguardo alla realtà effettuale della operazione economica e non al suo mero rivestimento giuridico (cfr. Corte cass. V sez. 29.9.2006 n. 21221, che richiede di valutare l'operazione "nella sua essenza"-, id. V sez. 21.11.2008 n. 27646 secondo cui occorre "cogliere la vera natura della prestazione ed assoggettarla ad imposizione per il suo effettivo contenuto"; id. V sez. 21.1.2009 n. 1465 ed id. V sez. 22.9.2010 n. 20029, per cui l'operazione economica deve essere valutata "tenuto corno sia della volontà delle parti implicate, che del contenuto fattuale e giuridico"; id. Sez. 6-5, Ordinativi n. 6835 del 19/03/2013 secondo cui la verifica della condotta abusiva "impone di privilegiare l'intrinseca natura e gli effetti giuridici, rispetto al titolo e alla forma apparente degli stessi con la conseguenza che i concetti privatistici relativi all'autonomia negoziale regrediscono,, di fronte alle esigenze antielusive poste dalla norma, a semplici elementi della fattispecie tributaria, per ricostruire la quale dovrà, dunque, darsi preminenza alla causa reale e complessiva dell'operazione economica, rispetto alle forme dei singoli negozi giuridici; id. Sez. 5, Sentenza n. 17965 del 24/07/2013).

Rimangono in conseguenza escluse dalla nozione di abuso del diritto in materia tributaria, tanto le ipotesi di condotte illecite (non iure), quanto le ipotesi dei negozi simulati (nelle quali il "negozio dissimulato" è direttamente preso in considerazione dalla norma tributaria come presupposto impositivo), dovendo iscriversi piuttosto il fenomeno abusivo nell'ambito delle sole condotte lecite (id est: non violative di prescrizioni normative) e non occulte (essendo realmente diretta la volontà dei contraenti "abusivi" alla produzione degli effetti giuridici previsti dalla legge con il negozio perfezionato) dirette a perseguire legalmente il risultato finale programmato attraverso l'uso indiretto del negozio od il collegamento negoziale od anche eventuali deroghe negoziali allo schema tipico dei contratti o commistioni tra discipline negoziali differenti (che collocano il rapporto nella sfera dei negozi atipici o misti rimessi all'esercizio della autonomia privata) od ancora attraverso il frazionamento in autonomi contratti di prestazioni unitariamente riconducibili ad un medesimo schema negoziale tipico.

II.15 Orbene la stipula di un finanziamento a "titolo gratuito" erogato da H. s.p.a. alle società lussemburghese e statunitense, dalla stessa controllate, non integra: 1- una condotta illecita, non essendo dato ravvisare la violazione della prescrizione normativa di un obbligo di condotta (né peraltro emerge dagli atti che l'Ufficio abbia qualificato come "illecito" il contratto di mutuo non feneratizio); 2-né una fattispecie simulatoria (nell'avviso di accertamento non è contestata, infatti, la evasione fiscale mediante stipula di un negozio simulato volto all'occultamento del reddito in realtà conseguito dalla società italiana controllante), 3-né una condotta di tipo elusivo inquadrabile nell'abuso del diritto: se, infatti, la operazione di finanziamento non produce reddito tassabile, viene meno lo stesso) elemento costitutivo della fattispecie abusiva dell' "indebito risparmio fiscale" richiesto quale scopo esclusivo o assolutamente preminente della operazione.

II.16 Occorre rilevare in proposito che l'Ufficio finanziario non ha posto in dubbio, nell'atto impositivo, la effettiva pattuizione dell'obbligo di restituzione da parte delle società controllate delle somme ricevute hi prestito, né ha mai ipotizzato che, attraverso la stipula di un mutuo non feneratizio, H. s.p.a. abbia inteso realizzare lo stesso risultato economico di un "conferimento" nel capitale di rischio delle controllate, aggirando in tal modo il regime fiscale previsto per tale operazione dall'art. 9, commi 2 e 5, TUIR, ma si è limitata a prospettare una generica ed indimostrata equiparazione tra gratuità del finanziamento ed anomalia della operazione, venendo inoltre a confondere lo scopo esclusivo dell'indebito vantaggio/risparmio fiscale (elemento

costitutivo della fattispecie abusiva) con il vantaggio economico arrecato dalla controllante alle società estere mutualizzate (che è elemento estraneo e comunque indifferente rispetto alla fattispecie abusiva). La infondatezza dell'assunto difensivo della Agenzia delle Entrate trova causa nell'errata interpretazione della disposizione dell'art. 76 co 5 TUIR per cui la riduzione a "valore normale" delle operazioni infragruppo di scambio di beni e servizi qualificherebbe come condotte "anomale o abnormi" tutte le operazioni concluse mediante stipula di negozi che prevedano corrispettivi per importi inferiori al "valore normale" di cui all'art. 9 co 3 TUIR.

II.17 Osserva il Collegio che la stipula di un mutuo "a titolo gratuito" tra società appartenenti al medesimo gruppo potrà eventualmente essere sindacata dall'Ufficio finanziario sotto il profilo della "antieconomicità" della operazione per il soggetto mutuante (ma nella specie la CTR ha, invece, ravvisato uno specifico interesse della controllante idoneo -secondo il Giudice territoriale- a giustificare in termini economici la erogazione della somma senza interessi, avendo tale operazione lo scopo "di ottimizzare le risorse disponibili, ...mantenere la quota di mercato e di evitare una eccessiva esposizione di H. s.p.a verso terzi"- cfr. sentenza appello, motivazione, pag. 4), ma non integra anche un "meccanismo negoziale contorto" né un "uso abnorme" dello schema negoziale (considerato sotto il profilo della sproporzione del mezzo al fine : nella specie il negozio utilizzato esplica infatti per intero i corrispondenti effetti giuridici) che costituiscono elementi sintomatici della condotta elusiva.

II.18 Le disposizioni degli artt. 9 co 3 e 76 co 5 vecchio TUIR (attuale art. 110 co 7) debbono piuttosto essere inquadrare nel fenomeno della predeterminazione legale di elementi della fattispecie negoziale (un richiamo a tale funzione è accennato anche nella esposizione del primo motivo della Agenzia ricorrente, in relazione all'inserimento automatico di clausole nel contratto, di cui all'art. 1339 c.c.), intesa quest'ultima quale fatto idoneo a produrre nuova ricchezza e dunque assunto dalla norma a presupposto della imposta. Lo sfavore con il quale vengono guardati dal Fisco i rapporti infragruppo con società non residenti nello Stato, in quanto potenzialmente idonei a sottrarre allo Stato componenti positivi di reddito trasferendoli in altri Paesi a fiscalità ridotta, ha indotto il Legislatore a limitare l'ambito di autonomia negoziale delle società del Gruppo societario internazionale, considerando recessivo l'Interesse economico complessivo sotteso alla singola operazione infragruppo (in quanto funzionale al perseguimento di un risultato finale, giustificabile soltanto in relazione alla strategia di gruppo, e che quindi trascende gli interessi immediati delle parti contraenti) rispetto al principio della individualità della soggettività passiva d'imposta di ciascuna società appartenente al gruppo (nella presente controversia non trova applicazione la disciplina del consolidato nazionale e mondiale, alla quale nessuna parte in causa ha fatto richiamo nel corso del giudizio), a tal fine prevedendo un limite minimo assoluto di redditività della operazione infragruppo parametrato al "valore normale" di cui all'art. 9 co 3 TUIR, disponendo la norma dell'art. 76 co 5 vecchio TUIR (attuale art. 110 co 7) che "i componenti del reddito derivanti da operazioni con società" non residenti nel territorio dello Stato che, direttamente o indirettamente, controllano l'impresa, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società" che controlla l'impresa, sono valutati in base al valore normale dei beni ceduti, dei servizi prestati e dei beni e servizi ricevuti, determinato a norma del comma 2, se ne deriva aumento del reddito.

II.19 Lo scopo della norma, in quanto volto a limitare la libertà dei privati nell'esplicazione della loro autonomia negoziale, va inteso restrittivamente, non potendo estendersi la disciplina normativa oltre i casi specificamente in essa considerati.

II.20 Il senso della norma che deriva dal significato letterale delle parole, ed in particolare dalla corrispondenza logica tra l'incipit e la proposizione finale del testo normativo, impone di riconoscere che le operazioni infragruppo transfrontaliere che debbono essere regolate al "valore normale" sono solo quelle da cui "derivano" componenti di reddito (positivi o negativi), sempre

che, applicando il "valore normale", la operazione produca nel soggetto passivo d'imposta, residente nello Stato, un "aumento del reddito" imponibile (cfr. Corte cass. Sez. 5, Sentenza n. 17953 del 19/10/2012, in motivazione, puntualizza che la norma dell'art. 76 co 5 TUIR mira a contrastare - sempre che dal controllo derivi, come chiarito dal suo inciso finale, un "aumento del reddito" della società residente il fenomeno c.d. di transfer price (o prezzo di trasferimento).").

II.21 Ebbene le condizioni richieste per l'applicazione della norma, non possono che riferirsi alle operazioni -sussumibili indifferentemente nello schema dei negozi a titolo oneroso od a titolo gratuito- dai quali derivi uno spostamento di ricchezza volto ad incidere sul reddito imponibile del soggetto verificato, giacché solo in tal caso il "valore normale" può fungere da parametro per accertare se, la applicazione di tale criterio, può o meno determinare un incremento di reddito tassabile, come richiesto dalla norma tributaria.

II.22 Nella specie il soggetto verificato non sono le società estere beneficiarie del finanziamento, ma la società controllante italiana, che viene ad allocare in bilancio la erogazione della somma, come credito infruttifero, iscritto al valore nominale ed appostato all'attivo dello stato patrimoniale tra le immobilizzazioni finanziarie (art. 2424 co 1, Attivo, B), III, 2) crediti, a) verso imprese controllate). Sul valore del credito non vi è contestazione, mentre la natura infruttifera dello stesso (risultante dalla convenzione di finanziamento: circostanza anche questa incontestata), in quanto erogato a titolo gratuito dalla società controllante, esclude "ab origine" dalla operazione di finanziamento qualsiasi incidenza sulla produzione del reddito della società mutuante, e dunque rende privo di oggetto (in difetto della prestazione delle mutuatarie avente ad oggetto il pagamento degli interessi corrispettivi) il criterio di verifica del "valore normale" della prestazione incrementativa del reddito della società controllante.

II.23 Diversamente opinando si attribuirebbe alla norma tributaria una eccessiva portata limitativa della autonomia negoziale che trova diretto fondamento negli artt. 2 e 41 Cost., ed un effetto restrittivo alla libertà di stabilimento di cui agli artt. 43 e 48 Trattato CE, non conforme al principio di proporzionalità del mezzo rispetto al fine, che è quello di evitare che, aumentando o diminuendo surrettiziamente il valore della prestazione rispetto al "valore normale" del bene o servizio ceduto/prestato, vengano trasferiti redditi imponibili nello Stato a favore di soggetti del gruppo residenti in Paesi terzi a fiscalità ridotta.

II.24 In assenza di reddito (per interessi) ritraibile dal finanziamento, il meccanismo volto ad incrementare o diminuire surrettiziamente i valori delle prestazioni infragruppo non opera, in quanto il reddito imponibile della società mutuante, residente nello Stato, non subisce variazioni (non conseguendo ricavi e non importando costi): la tesi interpretativa sostenuta dalla Agenzia fiscale, secondo cui l'art. 76 co 5 TUIR riconoscerebbe sempre e comunque una incidenza reddituale indistintamente a tutte le operazioni infragruppo transfrontaliere, appare illogica ed in contrasto con l'art. 53 co 1 Cost. (capacità contributiva), in quanto ipotizza attraverso una "fictio juris", non desumibile dal contenuto precettivo della norma tributaria, l'attribuzione al contribuente di reddito imponibile anche quando lo stesso è da ritenersi inesistente alla stregua della attività negoziale in concreto svolta, ed inoltre risulta avulsa dallo specifico contesto sistematico in cui deve essere collocata la peculiare operazione di finanziamento, atteso che gli artt. 43 co 1 e 95 co 2 vecchio TUIR (attuali artt. 46 ed 81) prevedono che le somme versate dai soci alle società (anche di capitali) si presumono erogate a titolo di mutuo salvo che dal bilancio non risulti diversamente", ponendo quindi una presunzione legale "relativa" di onerosità del finanziamento, suscettibile di prova contraria.

II.25 Ritiene pertanto il Collegio che l'art. 76 co 5 vecchio TUIR non dispone una presunzione legale assoluta di onerosità indistintamente di qualsiasi operazione transfrontaliera infragruppo, ma

prevede in relazione alle sole operazioni a titolo oneroso la automatica determinazione -ai soli fini fiscali- del valore del bene o servizio scambiato nell'importo corrispondente al "valore normale" calcolato ai sensi dell'art. 9 co 3 TUIR.

II.26 Tale interpretazione, oltre che coerente con il criterio ermeneutico letterale (ed infatti quando il Legislatore ha inteso porre una presunzione assoluta di redditività minima della operazione lo ha espressamente indicato, come nell'art. 9 co 2 TUIR in cui è prescritto che i proventi "in natura" - idest non liquidati in termini monetari- "sono valutati in base al valore normale dei beni e servizi di cui sono costituiti" ed ancora che "in caso di conferimenti in società od in altri enti si considera corrispettivo conseguito il valore normale delle azioni e dei titoli ricevuti se negoziati in mercati italiani od esteri), appare conforme anche alle indicazioni fornite dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE in relazione alla compatibilità di tali norme tributarie nazionali restrittive delle operazioni infragrupo transfrontaliere tra società residenti in Paesi membri diversi con l'ordinamento comunitario e precipuamente con l'esercizio della libertà di stabilimento delle persone (ivi incluse le società) ex artt. 43 e 48 del Trattato CE, nonché con l'esercizio della libera circolazione dei capitali di cui agli artt. 56 e ss. Trattato CE. Il Giudice di Lussemburgo ha, infatti, ritenuto giustificate le limitazioni a tali diritti adottate dagli Stati membri soltanto se perseguono "uno scopo legittimo compatibile con il Trattato" e sono "giustificate da ragioni imperative di interesse generale", e sempre che prevedano misure che non eccedano il principio di proporzionalità (cfr. Corte giustizia sentenza in data 11.3.2004, causa C-9/02, de Lasteyrie du Saillant, punto 49). Con specifico riferimento ad una norma dell'ordinamento belga che imputava automaticamente a reddito imponibile della società residente lo stesso importo del "beneficio straordinario o senza contropartita" da quella concesso a favore di società collegata residente in un diverso Stato membro, la Corte di Giustizia nella sentenza 21 gennaio 2010, causa C-311/08, Societè de Gestion Industrielle SGI, dopo aver rilevato che il trasferimento di utili sotto forma di mettere a rischio una equilibrata ripartizione del potere iiupositivo tra gli Stati membri "dato che la base imponibile risulterebbe awnentata in una degli Stati interessati e ridotta nell'altro", ha statuito che una misura restrittiva della libertà di stabilimento è giustificabile se è volta congiuntamente a prevenire la elusione fiscale attuata mediante "costruzioni di puro artificio prive di effettività economica e create alio scopo di eludere l'imposta normalmente dovuta sugli utili generati da attività svolte nel territorio nazionale" (punti 66-69), sempre chè tale misura sia proporzionale al fine, sicché laddove la restrizione si fonda su "elementi oggettivi e verificabili che inducano a sospetto che "la transazione consista in una costruzione di puro artificio a soli fini fiscali", il contribuente dovrà essere messo in condizione "di produrre elementi relativi alle eventuali ragioni commerciali dimostrative della non artificiosità della operazione (punto 71, in cui si richiama il precedente di Corte Giustizia 13.3.2007, causa C-524/04, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation) : ricorrendo congiuntamente le condizioni predette, deve ritenersi, pertanto, compatibile con l'ordinamento comunitario una norma statale -volta a contrastare il fenomeno del "transfer price"- che istituisca una presunzione legale dello scopo elusivo della operazione (nella specie finanziamento infragrupo a titolo gratuito), sempre chè sia consentito alla società residente nello Stato che si avvale di tale presunzione di fornire prova contraria, dimostrando che la operazione risponde a ragioni economiche obiettivamente apprezzabili.

II.27 La controversia può dunque essere risolta affermando il seguente principio di diritto:

La stipula di un finanziamento non oneroso, erogato dalla società controllante a favore delle controllate, con obbligo della mutuataria di restituzione del tantundem, riconducibile allo schema del munto a titolo gratuito, non subisce limitazioni per il fatto che la controllante, residente nello Stato, e le società residenti in altro Paese membro od in Paesi terzi, appartengano al medesimo gruppo societario, realizzando quindi una operazione infragrupo transfrontaliera, non contrastando la gratuità della operazione, che esclude la pattuizione di interessi corrispettivi dovuti dalla

mutuataria, con la previsione dell'art. 76 co 5 vecchio TUIR (attuale art. 110 co 7) secondo cui, indipendentemente dal corrispettivo convenuto dalle parti ovvero nel caso in cui detto corrispettivo non sia stato dalle parti predeterminato nel "quantum", il bene o servizio, rispettivamente ceduto o prestato, deve essere valutato secondo il criterio del "valore normale" stabilito dall'art. 9 co 3 TUIR, atteso che l'applicazione della norma tributaria è subordinata dalla legge alla duplice condizione che dalla operazione negoziale infragruppo derivino per la società contribuente componenti -positivi o negativi- reddituali, e che dalla applicazione del criterio del valore normale "derivi un aumento del reddito" imponibile. Tali condizioni non risultano integrate nella concessione del mutuo non feneratizio, essendo estranea a tale schema negoziale la stessa prestazione avente ad oggetto la corresponsione di interessi corrispettivi- che costituisce il necessario termine di comparazione rispetto al "valore normale".

La Amministrazione finanziaria, tuttavia, laddove emergano dalle circostanze concrete della operazione gli elementi integrativi di fattispecie diverse dallo scostamento della prestazione dal "valore normale", potrà sempre contestare : a) nel caso di frode, la illiceità della operazione di finanziamento in quanto non corrispondente alla realtà economica ma realizzata al fine di evadere l'imposta, ovvero b) nel caso di operazione simulata fiscalmente neutra, diretta a dissimulare uno scambio altrimenti imponibile nello Stato di residenza, la inopponibilità al Fisco del negozio simulato ai sensi dell'art. 1415 co 2 c.c., o ancora e) nel caso di elusione, laddove la operazione si palesi lecita e reale ma condotta mediante costruzioni di schemi o collegamenti negoziali anomali ed abnormi rispetto agli effetti giuridici che le parti intendono raggiungere e diretta al solo ed unico o comunque prevalente scopo di conseguire un vantaggio fiscale (trasferendo nel Paese terzo utili di esercizio altrimenti tassabili nello Stato di residenza), il recupero della imposta che il contribuente avrebbe dovuto versare per giungere al medesimo risultato giuridico-economico attraverso gli schemi negoziali che integrano il presupposto impositivo considerato dalle norme tributarie.

II.28 Pertanto i motivi primo, secondo, terzo e quinto del ricorso incidentale debbono ritenersi infondati.

II.29 Il quarto motivo del ricorso incidentale della Agenzia fiscale, con il quale viene dedotto il vizio di insufficiente motivazione ex art. 360 co 1 n. 5 c.p.c., si pone in rapporto di logica dipendenza con la interpretazione della disposizione dell'art. 76 co 5 vecchio TUIR.

II.30 La CTR toscana ha escluso che la operazione di finanziamento senza interessi integrasse condotta elusiva volta a sottrarre reddito imponibile allo Stato di residenza della H. s.p.a., avendo fornito la società contribuente idonee giustificazioni, alternative allo scopo del risparmio fiscale, economicamente compatibili con la logica del gruppo d'impresе, essendo diretta la operazione ad ottimizzare le risorse disponibili ed a mantenere la quota di mercato.

II.31 Orbene rileva il Collegio che :

- relativamente alla dedotta omessa individuazione delle ragioni su cui la CTR ha fondato la non elusività della operazione, la censura è inammissibile per difetto di autosufficienza, atteso che l'Agenzia fiscale ha semplicemente allegato che alcuna giustificazione in ordine alla attribuzione a titolo gratuito del finanziamento a B.Q. Inc. era stata fornita dalla società contribuente -senza tuttavia trascrivere il ricorso introduttivo della società, non riuscendo in tal modo ad inficiare la diversa ricostruzione della fattispecie concreta compiuta dai Giudici di merito che hanno specificamente statuito sul punto, ritenendo estese le giustificazioni addotte, dalla contribuente ad entrambi i diversi finanziamenti erogati ad H. Europe s.a. ed a B.Q. Inc.

- ad analoga conclusione (inammissibilità per difetto di autosufficienza) deve pervenirsi anche in relazione alla critica di omessa motivazione in ordine all'acquisizione da parte della società controllante della provvista finanziaria sul mercato, ("sostenendo il conseguente onere degli interessi passivi e spese bancarie"), circostanza che se per un verso non risulta verificabile, avendo omesso l'Agenzia fiscale di indicare in quali atti o documenti prodotti in giudizio fosse stata dedotta, per altro verso appare priva del carattere della decisività, posto che nella specie la contestazione formulata nell'atto impositivo concerneva non la deduzione di costi, ma l'asserito "trasferimento" di utili mediante la stipula di un finanziamento gratuito a favore della società controllate.

II.32 Il quarto motivo del ricorso incidentale deve ritenersi, pertanto, inammissibile.

III. In conclusione debbono essere rigettati entrambi i ricorsi principale ed incidentale, con conseguente compensazione tra le parti delle spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

- Dispone la riunione della causa iscritta al RG n. 26543/2008 alla causa iscritta al RG n. 25593/2008

- rigetta il ricorso principale di H. s.p.a. ed il ricorso incidentale della Agenzia delle Entrate, dichiarando interamente compensate tra le parti le spese del giudizio di legittimità.