

Sentenza del 16/01/2023 n. 1166 - Corte di Cassazione - Sezione/Collegio 5

Testo

Testo:

1. L'Agenzia delle entrate recuperava a tassazione a fini Ires 2005-2006 nei confronti di F. (consolidante) la somma di Euro 99.950.000,00, quale minusvalenza realizzata da F. (sua consolidata) a seguito della cessione della propria partecipazione in Fortuno Holding, società olandese, negandone la deducibilità, ritenendo sussistente una condotta elusiva ai sensi del D.P.R. n. 600 del 1973, art. 37-bis .

In particolare F. era costituita in data 15 dicembre 2005 ed era società il cui capitale era interamente detenuto da Fingram le cui partecipazioni a loro volta erano detenute da Valbruna; il 16 giugno 2006 Valbruna cedeva a F. la partecipazione in Fortuno Holding; in data 24 luglio 2006 Fortuno Holding deliberava la distribuzione di utili al socio F. ma ne differiva il pagamento a data successiva al 30 giugno 2007; in data 20 dicembre 2006 F. cedeva l'80 per cento della partecipazione di Fortuno a Unihage Holding, società olandese, realizzando una minusvalenza integralmente dedotta a fini fiscali; il 2 luglio 2007 Fortuno distribuiva i dividendi a F., in regime di esenzione al 95 per cento, in forza dell' art. 89 t.u.i.r.

L'originaria somma recuperata a tassazione era poi ridotta alla misura di Euro 12.626.065,00, riconoscendo le perdite del consolidato non ancora utilizzate e richieste dalla Fingram con modello IPEC di cui al D.P.R. n. 600 del 1973, art. 40-bis .

2. Contro l'avviso le due società proponevano distinti ricorsi che la Commissione tributaria provinciale di Vicenza, previa loro riunione, respingeva in merito alla deducibilità della minusvalenza e accoglieva in relazione al conteggio delle perdite; di conseguenza l'imposta era rideterminata in Euro 4.166.601,00 e in pari misura la sanzione.

La Commissione tributaria regionale del Veneto rigettava l'appello delle società.

In particolare, la CTR, condividendo l'impianto della sentenza di primo grado, riteneva che le singole operazioni dovessero essere lette in un contesto unitario, con un primo tassello costituito dalla cessione della partecipazione in Fortuno Holding a F., il che la privava dei requisiti p.ex. di cui all' art. 87 t.u.i.r. ; con un secondo tassello, costituito dall'ingiustificato rinvio della distribuzione dei dividendi, finalizzato ad aggirare il limite di deducibilità della minusvalenza dato dalla somma percepita quali dividendi nei trentasei mesi precedenti, in forza dell' art. 109, comma 3-bis, t.u.i.r. , ed infine con la successiva cessione con realizzo di minusvalenza; ha poi ritenuto che tale complessiva operazione fosse riconducibile al D.P.R. n. 600 del 1973, art. 37-bis espressamente richiamato dal D.P.R. n. 917 del 1986, art. 109, comma 3-quater ; secondo tale previsione, nell'interpretazione datane dalla Corte di Cassazione, se spetta all'amministrazione

delineare i termini del disegno elusivo e l'uso strumentale di determinati schemi negoziali al fine di conseguire un vantaggio fiscale, incombe sul contribuente la prova dell'esistenza di ragioni economiche alternative o concorrenti di carattere non marginale o teorico che ne escludano l'abusività; nel caso di specie la CTR poi dava atto dell'assenza di cause di giustificazione in merito al fatto che la vendita da parte di Valbruna della partecipazione in Fortuno fosse avvenuta tramite F. e riteneva che le argomentazioni addotte in merito al rinvio del pagamento dei dividendi, funzionale a garantire la possibilità di dedurre la minusvalenza, non fossero convincenti e contrastassero con le dichiarate linee organizzative del gruppo societario nè sussistessero ragioni finanziarie per posticipare il pagamento stesso.

3. Contro tale sentenza propongono ricorso le società sulla base di sette motivi.

Resiste con controricorso l'Agenzia delle entrate.

Il Procuratore generale ha depositato conclusioni scritte.

3. La causa è stata rimessa alla pubblica udienza del 13 ottobre 2022, per la quale le società hanno depositato memoria, e nella quale è stata discussa.

Motivi della decisione

1. Le ricorrenti propongono sette motivi di ricorso.

Con il primo motivo, le società deducono la violazione e falsa applicazione del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, art. 109, commi 3-bis e 3-ter in relazione all' art. 360 c.p.c. , comma 1, n. 3 , evidenziando l'inapplicabilità al caso di specie dell'art. 109, comma 3-bis, in forza del comma 3-ter secondo cui la prima disposizione si applica purchè si tratti di partecipazioni che abbiano comunque i requisiti di cui all' art. 87, comma 1, lett. c) e d) t.u.i.r. , mentre nel caso di specie la società Fortuno era una mera holding finanziaria, priva quindi del requisito dell'esercizio di impresa commerciale, secondo la definizione dell'art. 55 richiamato dall'art. 87, comma 2, lett. d) fatto accertato tanto dalla CTP quanto dalla CTR. Col secondo motivo le società deducono violazione e falsa applicazione dell' art. 132 c.p.c. , comma 2, n. 4, dell'art. 118 disp. att. c.p.c., D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, artt. 1 e 36 in relazione all' art. 360 c.p.c. , comma 1, n. 4 , evidenziando la parte motiva ove la CTR, pur ammettendo espressamente la mancanza nella partecipazione Fortuno del requisito p.ex. di cui alla lett. d) dell'art. 87, comma 1, t.u.i.r. , con conseguente inapplicabilità dell' art. 109, comma 3-bis t.u.i.r. , non spiega le ragioni per le quali tale mancanza confermerebbe la posticipazione del pagamento dei dividendi quale mezzo per l'ottenimento della deducibilità della minusvalenza.

Col terzo motivo le società deducono violazione e falsa applicazione del D.P.R. n. 917 del 1986, art. 109, comma 3-quater , e del D.P.R. n. 600 del 1973, art. 37-bis in relazione all' art. 360 c.p.c. , comma 1, n. 3 , evidenziando l'inapplicabilità degli stessi al caso di specie alla luce della ratio della normativa introdotta nel 2005 che sarebbe data dalla necessità di contrastare i fenomeni di dividend washing limitatamente alle ipotesi in cui le partecipazioni abbiano i requisiti per godere del regime di detassazione delle plusvalenze, evitando cioè la compresenza di plusvalenze non

tassabili e di minusvalenze deducibili, con conseguente inapplicabilità al caso in cui le plusvalenze realizzate dal cedente siano indeducibili per assenza dei requisiti p.ex.

Col quarto motivo le società deducono la violazione e falsa applicazione del D.P.R. n. 600 del 1973, art. 37-bis in relazione all' art. 360 c.p.c. , comma 1, n. 3 , evidenziando che non risultino verificate le condizioni di applicabilità della norma per contestare l'elusività delle operazioni e cioè: a) finalità di aggirare obblighi o divieti posti dalla normativa tributaria; b) produzione di un indebito ri Spa rmio di imposta; c) carenza di valide ragioni economiche, tutte da intendersi come cumulative; nel caso di specie per l'inapplicabilità dei limiti alla deducibilità di cui all'art. 109, comma 3-bis, sia per mancanza dei requisiti previsti dal comma 3-ter (denunciata col primo motivo) sia per estraneità della fattispecie concreta alla ratio della disciplina antielusiva (e conseguente inapplicabilità del comma 3-quater), denunciati col terzo motivo, apparirebbe evidente il mancato avveramento delle prime due condizioni; inoltre difetterebbe, per espressa statuizione dei giudici, sia di primo che di secondo grado, l'intenzionalità dell'aggiramento degli obblighi o divieti; le ricorrenti aggiungono altresì che la decisione di rinviare la distribuzione degli utili era adeguatamente giustificata, posto che, alla luce di quanto detto, la data di pagamento sarebbe irrilevante ai fini della deducibilità della minusvalenza, e la scelta era dipesa sia dalla volontà di non depauperare la partecipata delle risorse finanziarie sia di beneficiare del migliore trattamento tributario previsto dalla Convenzione Italia Paesi Bassi contro le doppie imposizioni (ritenuta al 15 per cento se i dividendi sono distribuiti prima della decorrenza di dodici mesi dall'acquisizione del titolo, al 5 per cento in caso di distribuzione successiva), scelta questa che non poteva considerarsi elusiva alla luce della possibilità di recuperare comunque le somme versate quali crediti di imposta.

Col quinto motivo le società deducono l'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio oggetto di discussione tra le parti, sotto il profilo dell' art. 360 c.p.c. , comma 1, n. 5 , in relazione alla possibile compensazione dei dividendi della Fortuno e del credito da questa vantato nei confronti della F. Evidenziano che la CTR, nell'esaminare le giustificazioni date al riguardo della scelta di deliberare la distribuzione dei dividendi e di posticiparne l'effettivo pagamento, affermando che la presenza di un credito della Fortuno verso la F. di Euro 60.000.000,00 poteva dar luogo a compensazione delle due poste (debito-dividendi), ometteva così di tener conto del fatto decisivo che il credito di F. non era esigibile prima del 14 giugno 2007, di talchè la compensazione non era possibile.

Col sesto motivo (rubricato nuovamente come n. 5) le società deducono violazione e falsa applicazione del D.P.R. n. 600 del 1973, art. 37-bis, comma 2 , dell' art. 10 della Convenzione Italia Paesi bassi per evitare le doppie imposizioni, e dell' art. 165 t.u.i.r. , in relazione all' art. 360 c.p.c. , comma 1, n. 3 , laddove la CTR non ha rideterminato il quantum delle imposte dovute in riferimento al regime di tassazione dei dividendi in base alla Convenzione Italia Paesi Bassi, come da domanda subordinata, al netto del credito di imposta spettante per la ritenuta del 15 per cento che sarebbe stata operata sui dividendi ove essi fossero stati effettivamente pagati appena deliberati; la CTR, così facendo, avrebbe violato il D.P.R. n. 600 del 1973, art. 37-bis che prevede che l'amministrazione finanziaria disconosce i vantaggi tributari conseguiti mediante gli atti, i fatti e i negozi di cui al comma 1, "applicando le imposte determinate in base alle

disposizioni eluse al netto delle imposte dovute per effetto del comportamento inopponibile all'amministrazione".

Col settimo motivo le società deducono la violazione e falsa applicazione degli artt. 23 e 25 Cost. , del D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 471, art. 1 e del D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 472, artt. 3 , 5 e 6 in relazione all' art. 360 c.p.c. , comma 1, n. 3 , contestando la ritenuta applicabilità delle sanzioni.

2. Come è noto al regime di detassazione (cd. p.ex.) delle plusvalenze di partecipazioni, in presenza delle quattro condizioni di cui all' art. 87, comma 1, t.u.i.r. (durata della detenzione, iscrizione dal primo anno nelle immobilizzazioni finanziarie, società non in paesi black list, commercialità dell'attività svolta dalla società partecipata) corrisponde la indeducibilità delle eventuali minusvalenze derivanti dal realizzo dei medesimi beni.

Tali minusvalenze, ove non ricorrano i requisiti p.ex., sono invece deducibili dal reddito di impresa, ai sensi dell' art. 101 t.u.i.r. .

Il D.L. 30 settembre 2005, n. 203, art. 5-quinquies, comma 1 , convertito, con modificazioni, dalla L. 2 dicembre 2005, n. 248 , ha inserito nel D.P.R. n. 917 del 1986, all'art. 109, i commi 3-bis , 3-ter e 3-quater , che introducono un limite sostanzialmente quantitativo alla deducibilità delle minusvalenze realizzate sulla cessione di partecipazioni non sottoposte al regime p.ex., sino alla concorrenza della quota non imponibile dei dividendi percepiti nei trentasei mesi precedenti il realizzo, sempre che si tratti di azioni che siano state anche acquisite nei trentasei mesi precedenti il realizzo.

L'art. 109, ai commi 3-bis, 3-ter e 3-quater, all'esito di tale novella, infatti così dispone:

"3-bis. Le minusvalenze realizzate ai sensi dell'art. 101 sulle azioni, quote e strumenti finanziari simili alle azioni che non possiedono i requisiti di cui all'art. 87 non rilevano fino a concorrenza dell'importo non imponibile dei dividendi, ovvero dei loro acconti, percepiti nei trentasei mesi precedenti il realizzo. Tale disposizione si applica anche alle differenze negative tra i ricavi dei beni di cui all'art. 85, comma 1, lett. c) e d), e i relativi costi.

3-ter. Le disposizioni del comma 3-bis si applicano con riferimento alle azioni, quote e strumenti finanziari simili alle azioni acquisite nei trentasei mesi precedenti il realizzo, sempre che soddisfino i requisiti per l'esenzione di cui all'art. 87, comma 1, lett. c) e d).

3-quater. Resta ferma l'applicazione del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, art. 37-bis anche con riferimento ai differenziali negativi di natura finanziaria derivanti da operazioni iniziate nel periodo d'imposta o in quello precedente sulle azioni, quote e strumenti finanziari simili alle azioni di cui al comma 3-bis".

Si tratta di previsioni che, come dispone espressamente il D.L. n. 203 del 2005, art. 5-quinquies, al comma 2 , si applicano alle minusvalenze realizzate a decorrere dall'1 gennaio 2006.

La normativa ha il dichiarato scopo di contrastare le pratiche di arbitraggio fiscale poste in essere mediante cessione di partecipazioni cd. utili compresi, prevedendo il regime di indeducibilità delle minusvalenze su titoli che hanno pagato dividendi non tassati. Dal

combinato disposto delle nuove disposizioni emerge che le minusvalenze da realizzo non sono deducibili se: 1) la cessione ha ad oggetto titoli partecipativi, posseduti da meno di 36 mesi, che al contempo: 1a. non rientrano nel regime p.ex.; 1b. presentino in ogni caso i requisiti di natura oggettiva richiesti per l'allocatione del regime p.ex. di cui all' art. 87, comma 1, lett. c) e d) t.u.i.r. , e cioè la residenza fiscale della società partecipata e l'attività commerciale di questa; 2) nei trentasei mesi precedenti la cessione il titolo abbia dato luogo alla distribuzione di dividendi.

3. Nel caso di specie la CTR, condividendo l'impianto della sentenza di primo grado, ha ritenuto che le singole operazioni compiute dalla società accertata dovessero essere lette in un contesto unitario, con un primo tassello costituito dalla cessione della partecipazione in Fortuno Holding a F., il che la privava dei requisiti p.ex. di cui all' art. 87 t.u.i.r. ; con un secondo tassello, costituito dall'ingiustificato rinvio della distribuzione dei dividendi, finalizzato ad aggirare il limite di deducibilità della minusvalenza dato dalla somma percepita quali dividendi nei trentasei mesi precedenti, in forza dell' art. 109, comma 3-bis, t.u.i.r. ed infine della successiva cessione con realizzo di minusvalenza; ha poi ritenuto che tale complessiva operazione fosse riconducibile al D.P.R. n. 600 del 1973, art. 37-bis espressamente richiamato dal D.P.R. n. 917 del 1986, art. 3-quater .

Poste tali premesse si procede all'esame dei singoli motivi.

4. Il primo motivo (rubricato come "violazione e falsa applicazione del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, art. 109, commi 3-bis e 3-ter in relazione all' art. 360 c.p.c. , comma 1, n. 3 ") è inammissibile.

Dell' art. 109 t.u.i.r. , i commi 3-bis e comma 3-ter di cui si assume la violazione, non sono norme applicate direttamente al caso di specie ove invece la motivazione si fonda sull'elusività della condotta osservata e, dunque, sul disposto di cui al medesimo art. 109 t.u.i.r. , comma 3-quater espressamente richiamato in parte motiva. Nel ragionamento della CTR infatti la condotta elusiva, atipica, ricondotta allo schema generale dell'art. 37-bis richiamato dall'art. 109, comma 3-quater, è caratterizzata dalla necessità di aggirare la previsione del comma 3-bis.

Nè invero dalla sentenza impugnata emerge un esplicito accertamento della mancanza nella partecipazione ceduta del requisito dell' art. 87, comma 1, lett. d) t.u.i.r. , circostanza che invero, a pagina 10 secondo capoverso, è esaminata indirettamente in maniera ipotetica per affermare che la deducibilità della minusvalenza poteva aver luogo solo rinviando il pagamento dei dividendi.

5. Il secondo motivo è infondato.

La mancanza della motivazione, rilevante ai sensi dell' art. 132 c.p.c. , n. 4 (e nel caso di specie del D.Lgs. n. 546 del 1992, art. 36, comma 2, n. 4) e riconducibile all'ipotesi di nullità della sentenza ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 4, si configura quando la motivazione "manchi del tutto - nel senso che alla premessa dell'oggetto del decidere risultante dallo svolgimento del processo segue l'enunciazione della decisione senza alcuna argomentazione - ovvero... essa formalmente esista come parte del documento, ma le sue argomentazioni siano svolte in modo talmente contraddittorio da non permettere di individuarla, cioè di riconoscerla come

giustificazione del decum. Tale anomalia si esaurisce nella "mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico", nella "motivazione apparente", nel "contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili" e nella "motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile", esclusa qualunque rilevanza del semplice difetto di "sufficienza" della motivazione, sempre che il vizio emerga immediatamente e direttamente dal testo della sentenza impugnata" (Cass., Sez. U., 07/04/2014, n. 8053 ; successivamente tra le tante Cass. 25/09/2018, n. 22598 ; Cass. 01/03/2022, n. 6626).

In particolare si è in presenza di una "motivazione apparente" allorchè la motivazione, pur essendo graficamente (e, quindi, materialmente) esistente, come parte del documento in cui consiste il provvedimento giudiziale, non rende tuttavia percepibili le ragioni della decisione, perchè consiste di argomentazioni obiettivamente inidonee a far conoscere l'iter logico seguito per la formazione del convincimento, di talchè essa non consente alcun effettivo controllo sull'esattezza e sulla logicità del ragionamento del giudice non potendosi lasciare all'interprete il compito di integrarla con le più varie, ipotetiche congetture. Sostanzialmente omogenea alla motivazione apparente è poi quella "perplessa e incomprensibile"; in entrambi i casi, invero - e purchè il vizio risulti dal testo della sentenza impugnata, a prescindere dal confronto con le risultanze processuali - l'anomalia motivazionale, implicante una violazione di legge costituzionalmente rilevante, integra un error in procedendo e, in quanto tale, comporta la nullità della sentenza impugnata per cassazione (Cass., Sez. U., 03/11/2016, n. 22232 e le sentenze in essa citate).

Nel caso di specie, tale vizio evidentemente non sussiste, trattandosi di una motivazione ampiamente intellegibile, fondata sulla ricostruzione fattuale della vicenda, del resto incontestata, sull'applicazione della clausola generale dell'art. 37-bis, sulla conseguente individuazione del riparto degli oneri probatori, sull'esame critico delle ragioni giustificative dedotte dalle contribuenti, la cui censura sul punto, del resto, è rivolta ad una singola limitata affermazione estrapolata dal contesto generale.

6. Il terzo motivo è infondato.

Occorre infatti premettere che questa Corte si è già occupata (Cass. 09/05/2022, n. 14493) del D.P.R. n. 917 del 1986, art. 109, comma 3-quater , che, come visto, dispone che "resta ferma l'applicazione del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, art. 37-bis ", confortando la tesi secondo cui la clausola antielusiva generale di cui all'art. 37-bis può trovare applicazione, sempre che ovviamente ne ricorrano i presupposti, con riguardo ai casi in cui, pur non essendo applicabile la norma specifica sul dividend washing (come per esempio nel caso di minusvalenze relative a cessioni effettuate prima dell'1 gennaio 2006), la complessiva operazione, relativa alla cessione di partecipazioni "utili compresi", sia comunque da considerarsi elusiva e sia ispirata al medesimo intento elusivo, circostanze che dovranno essere quindi apprezzate sotto la lente dell'art. 37-bis e della giurisprudenza in materia. In altri termini la presenza delle specifiche disposizioni antielusive non consente di perimetrare l'ambito di applicazione della disposizione antielusiva generale (il richiamo alla quale altrimenti non avrebbe senso) e, quindi, di lasciar ritenere che gli eventuali ri Spm d'imposta che non siano vietati dalla disposizione siano da ritenersi in ogni caso legittimi.

Tali considerazioni rendono infondato il terzo motivo, basato sulla asserita ratio delle disposizioni, la cui applicazione postulerebbe necessariamente che il dante causa abbia realizzato una plusvalenza esente; tale tesi (che però non trova un esplicito fondamento positivo, in quanto l' art. 109, comma 3-bis, t.u.i.r. prevede unicamente la sequenza acquisto della partecipazione, stacco della cedola e cessione della partecipazione) può essere riferibile al limite alle sole disposizioni dell'art. 109, commi 3-bis e 3-ter ma non alla norma di chiusura di carattere generale e di rinvio.

L'esistenza, nel nostro ordinamento, di un principio tendenziale, desumibile dalle fonti comunitarie, dal concetto di abuso del diritto elaborato dalla giurisprudenza comunitaria (Cass. 21/10/2005, n. 20398 ; Cass. 14/11/2005 , n. 22932) e dall'art. 53 Cost. (Cass., Sez. U., 23/12/2008, n. 30057), secondo cui non possono trarsi benefici da operazioni intraprese ed eseguite al solo scopo di procurarsi un ri Spa rmio fiscale, è stata affermata dalla giurisprudenza già con riferimento alla disciplina anteriore all'entrata in vigore del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, art. 37-bis , introdotto dal D.Lgs. 8 ottobre 1997, n. 358, art. 7 .

Una volta codificato, il D.P.R. n. 600 del 1973 , allo stesso art. 37-bis ora sostituito dalla L. 27 luglio 2000, n. 212, art. 10-bis , non contiene un'elencazione tassativa delle fattispecie abusive ma costituisce una norma aperta, che trova applicazione, alla stregua del generale principio antielusivo rinvenibile nella Costituzione e nelle indicazioni della raccomandazione n. 2012/772/UE, in presenza di una o più costruzioni di puro artificio che, realizzate al fine di eludere l'imposizione, siano prive di sostanza commerciale ed economica, ma produttive di vantaggi fiscali (Cass. 02/02/2021, n. 2224).

Pertanto, per questa Corte (la stessa Cass. n. 2224 del 2021 , in motivazione), in materia tributaria, il divieto di abuso del diritto si traduce in un principio generale antielusivo - rinvenibile negli stessi principi costituzionali che informano l'ordinamento tributario italiano oltre che nei principi comunitari (Cass. 19/02/2014, n. 3938) - che preclude al contribuente il conseguimento di vantaggi fiscali ottenuti mediante l'uso distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione normativa, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un ri Spa rmio d'imposta, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, la cui ricorrenza deve essere provata dal contribuente (Cass. 5/12/2019, n. 31772 ; Cass. 6/06/2019, n. 15321 ; Cass. 23/11/2018, n. 30404 ; Cass. 7/11/2012, n. 19234).

Questa Corte (nel già citato arresto n. 14493 del 2022) ha rigettato la censura della ricorrente nella parte in cui, presupponendo una tipizzazione che non sussiste, assume che, prima della vigenza del D.P.R. n. 917 del 1986, art. 109 , nuovo comma 3-bis, e nella vigenza dell'art. 37-bis, la fattispecie elusiva in materia di minusvalenze derivanti dalla cessione di partecipazioni sarebbe stata necessariamente limitata alle ipotesi (di cui a Cass., Sez. U., 23/12/2008 , n. 30055 e n. 30056) di un arbitraggio più ampio, in cui le partecipazioni in questione provenissero da un dante causa che avesse, a sua volta, goduto del regime di detassazione delle plusvalenze. Infatti, proprio per la natura generale ed atipica della clausola di cui al D.P.R. n. 600 del 1973, art. 37-bis , la ricorrenza degli elementi costitutivi di una fattispecie abusiva potrebbe in ipotesi ravvisarsi anche al di fuori di quelle contraddistinte dalla compartecipazione necessaria del cedente nel disegno elusivo.

7. Col quarto motivo le ricorrenti, nel lamentare la violazione e falsa applicazione dell'art. 37-bis, evidenziano che a tali fini occorrono: a) finalità di aggirare obblighi o divieti posti dalla normativa tributaria; b) produzione di un indebito risparmio di imposta; c) carenza di valide ragioni economiche, tutte da intendersi come cumulative, mentre nel caso di specie per l'inapplicabilità dei limiti alla deducibilità di cui all'art. 109, comma 3-bis, sia per mancanza dei requisiti previsti dal comma 3-ter (denunciata col primo motivo) sia per estraneità della fattispecie concreta alla ratio della disciplina antielusiva (e conseguente inapplicabilità del comma 3-quater), denunciati col terzo motivo, apparirebbe evidente il mancato avveramento delle prime due condizioni; inoltre difetterebbe, per espressa statuizione dei giudici, sia di primo che di secondo grado, l'intenzionalità dell'aggiramento degli obblighi o divieti; le ricorrenti aggiungono altresì giustificazioni alla decisione di rinviare la distribuzione degli utili.

Col quinto motivo le società deducono l'omesso esame di un fatto specifico, costituito dalla scadenza del credito di Fortuno verso Finval, 14 giugno 2007, il che rendeva impossibile la compensazione indicata dalla CTR, come comportamento da porre in essere in alternativa al rinvio del pagamento dei dividendi.

7.1. I due motivi vanno esaminati congiuntamente e sono inammissibili.

In materia questa Corte (Cass. 16/03/2016, n. 5155 , in motivazione) ha già avuto modo di precisare che integra gli estremi del comportamento abusivo quell'operazione economica che - tenuto conto sia della volontà delle parti implicate, sia del contesto fattuale e giuridico - ponga quale elemento predominante e assorbente della transazione lo scopo di ottenere vantaggi fiscali, con la conseguenza che il divieto di comportamenti abusivi non vale se quelle operazioni possano spiegarsi altrimenti che con il mero conseguimento di risparmi d'imposta (Cass. 10/12/2014, n. 25972 , in motivazione, punto 9.1).

La prova sia del disegno elusivo sia delle modalità di manipolazione e di alterazione degli schemi negoziali classici, considerati come irragionevoli in una normale logica di mercato (Cass. 21/01/2009, n. 1465) e perseguiti solo per pervenire a quel risultato fiscale, incombe sull'Amministrazione finanziaria, mentre grava sul contribuente l'onere di allegare l'esistenza di ragioni economiche alternative o concorrenti che giustificano operazioni in quel modo strutturate.

Inoltre, non è configurabile l'abuso del diritto se non sia stato provato dall'ufficio il vantaggio fiscale che sarebbe derivato al contribuente accertato dalla manipolazione degli schemi contrattuali classici (Cass. 22/09/2010, n. 20029).

Pertanto, "il carattere abusivo, sotto il profilo fiscale, di una determinata operazione, nel fondarsi normativamente sul difetto di valide ragioni economiche e sul conseguimento di un indebito vantaggio fiscale (Cass., Sez. U., 23/12/2008 , n. 30055 e 30057; v. C. Giust. UE nei casi 3M Italia, Halifax, Part. Service), presuppone quanto meno l'esistenza di un adeguato strumento giuridico che, pur se alternativo a quello scelto dai contraenti, sia comunque funzionale al raggiungimento dell'obiettivo economico perseguito (Cass. 30/11/2012, n. 21390 , p.3.2) e si deve indagare se vi sia reale fungibilità con le soluzioni eventualmente prospettate dal fisco (Cass. 26/02/2014, n. 4604)" (Cass. 16/03/2016, n. 5155 , in motivazione).

La stessa Commissione Europea, nell'ottica di perseguire la pianificazione fiscale aggressiva, ha diramato agli Stati membri la raccomandazione 2012/772/UE di intervenire quando sia realizzata "una costruzione di puro artificio o una serie artificiosa di costruzioni che sia stata posta in essere essenzialmente allo scopo di eludere l'imposizione e che comporti un vantaggio fiscale", chiarendo che "una costruzione o una serie di costruzioni è artificiosa se manca di sostanza commerciale", ovvero di "sostanza economica", e "consiste nell'eludere l'imposizione quando, a prescindere da eventuali intenzioni personali, contrasta con l'Obiettivo, lo spirito e la finalità delle disposizioni fiscali", mentre "una data finalità deve essere considerata fondamentale se qualsiasi altra finalità che è o potrebbe essere attribuita alla costruzione o alla serie di costruzioni sembri per lo più irrilevante alla luce di tutte le circostanze del caso" (cfr. Cass. n. 5155 del 2016 , cit.; Cass. 14/01/2015 , n. 438 e n. 439, tutte in motivazione).

Il legislatore nazionale, con la L. 11 marzo 2014, n. 23, art. 5 , ha raccolto la citata raccomandazione dell'UE, delegando al Governo l'attuazione della revisione delle vigenti disposizioni antielusive, al fine di unificarle al principio generale del divieto dell'abuso del diritto, ed i relativi principi sono stati quindi attuati con la L. 27 dicembre 2000, n. 212, art. 10-bis (c.d. Statuto del contribuente), introdotto dal D.Lgs. 5 agosto 2015, n. 128 , che ha abrogato il D.P.R. n. 600 del 1973, art. 37-bis prevedendo che le disposizioni che lo richiamano si intendono riferite al nuovo art. 10-bis in quanto compatibili.

In tale contesto evolutivo, si colloca la giurisprudenza in materia di questa Corte, che ha già avuto occasione di chiarire che, in materia tributaria, la scelta di un'operazione fiscalmente più vantaggiosa non è sufficiente ad integrare una condotta elusiva, laddove sia lo stesso ordinamento tributario a prevedere tale facoltà, a condizione che non si traduca in uso distorto dello strumento negoziale o in un comportamento anomalo rispetto alle ordinarie logiche d'impresa, posto in essere per realizzare non la causa concreta del negozio, ma esclusivamente o essenzialmente il beneficio fiscale (Cass. 26/08/2015, n. 17175).

Nello stesso senso, si è altresì ritenuto (Cass. 14/01/2015, n. 405) che in materia tributaria, l'opzione del soggetto passivo per l'operazione negoziale fiscalmente meno gravosa non è sufficiente ad integrare una condotta elusiva, essendo necessario che il conseguimento di un "indebito" vantaggio fiscale, contrario allo scopo delle norme tributarie, costituisca la causa concreta della fattispecie negoziale.

E' stato quindi escluso che la mera astratta configurabilità di un vantaggio fiscale sia sufficiente ad integrare la fattispecie abusiva, poichè è richiesta la concomitante condizione di inesistenza di ragioni economiche diverse dal semplice risparmio di imposta e l'accertamento dell'effettiva volontà dei contraenti di conseguire un indebito vantaggio fiscale (Cass. 05/12/2014, n. 25758).

Inoltre, successivamente, il quadro dell'abuso di diritto e dell'elusione fiscale è stato sinteticamente composto con l'affermazione che: "In materia tributaria, il divieto di abuso del diritto si traduce in un principio generale antielusivo, che preclude al contribuente il conseguimento di vantaggi fiscali ottenuti mediante l'uso distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione normativa, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio di imposta, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, la cui

ricorrenza deve essere provata dal contribuente" (Cass. 23/11/2018, n. 30404 ; conforme Cass. 08/03/2019, n. 6836).

Tanto premesso, incombe quindi sull'amministrazione finanziaria l'onere di spiegare, anche nell'atto impositivo, e dimostrare che il complesso delle forme giuridiche impiegate avesse carattere anomalo o inadeguato rispetto all'operazione economica intrapresa, in considerazione delle modalità di manipolazione e di alterazione degli schemi negoziali, considerati come irragionevoli in una normale logica di mercato e perseguiti solo per pervenire ad un determinato risultato fiscale; mentre è onere del contribuente provare la compresenza di un concomitante contenuto economico dell'operazione, non marginale, diverso dal mero risparmio fiscale, che giustificasse le operazioni in tal modo strutturate (cfr. Cass. 22/06/2021, n. 17743).

Orbene, tutto ciò premesso, le censure delle ricorrenti in merito alla sussistenza di alcuni dei predetti requisiti si fondano in primo luogo su una lettura non complessiva della motivazione dell'arresto impugnato, soprattutto ove contestano la prova della intenzionalità del comportamento delle società, enfatizzando una singola frase ma isolandola dall'intero contesto motivazionale; dal quale emerge invece come i giudici di appello, e quelli di primo grado, alle cui motivazioni essi si sono anche riportati, abbiano ritenuto intenzionale la condotta oggetto di ripresa fiscale, evidenziando che essa non è "funzionale ad alcun fine diverso dall'ottenimento dei benefici fiscali" (pag. 11, terzo cpv. della sentenza). D'altro canto, la CTR condivide sia il ragionamento svolto dal giudice di primo grado, sia sostanzialmente quanto reputato dall'Agenzia delle entrate, di cui ha appunto riportato, evidentemente condividendolo, il punto di vista ricostruttivo della vicenda descritta come riconduzione delle singole operazioni a un disegno unitario teleologicamente destinato a un risparmio di spesa (cfr. pag. 9 della sentenza).

In tale quadro complessivo non è probante dell'assenza di intenzionalità della condotta il passaggio di cui all'ultimo rigo della pag. 9 della sentenza che costituisce il punto centrale della doglianza in esame.

Per il resto ovviamente il giudizio di legittimità non è la sede per sindacare la ricorrenza o meno del profilo dell'intenzionalità, stante l'evidente contenuto meritale della questione. Nè in questa sede appaiono specificamente censurabili, sotto i profili dedotti, le affermazioni con cui la CTR, individuati correttamente gli oneri probatori al riguardo, ha prima evidenziato l'assenza di alcuna circostanza obiettivamente documentata da cui potesse evincersi che la vendita da Valbruna avvenuta tramite Finval avesse un fine diverso dall'ottenimento dei benefici fiscali, e soprattutto, poi, confutato nel merito le varie affermazioni delle ricorrenti volte a dare una congrua giustificazione alla scelta di differire il pagamento dei dividendi (elemento fattuale che, nella ricostruzione del disegno elusivo, ha consentito di aggirare il limite alla deducibilità), evidenziando, con ampia motivazione, non censurata sotto i profili motivazionali, che tale scelta contrastava con le dichiarate linee organizzative del gruppo incentrate in un assetto che prevedeva, per esigenze finanziarie, commerciali, strategiche e anche di rating, che le partecipazioni a valle della struttura fossero tutte società industriali; che la Fortuno non aveva posto in essere alcuna operazione meritevole di attenzione sotto il profilo economico ma solo provveduto a distribuire i dividendi; che non vi fossero gravi difficoltà finanziarie della Fortuno

che aveva invece un credito presso la F., evidenziando che, al più, l'assenza di liquidità avrebbe dovuto indurre a non deliberare la distribuzione.

Attraverso lo strumento della violazione di legge, parte ricorrente in realtà cerca di rimettere in discussione l'accertamento in fatto circa la sussistenza delle valide ragioni economiche, escluse dalla CTR, e che è accertamento in fatto fondato sulla valutazione degli atti di causa e rimesso alla valutazione del giudice di merito (Cass. 31/03/2022, n. 10519 ; Cass. 4/01/2022, n. 1 ; Cass. 4/04/2013, n. 8315), incensurabile in sede di legittimità, salvo l'esame sotto il profilo del vizio di motivazione.

Ciò premesso, si rivela poi inammissibile il quinto motivo, con cui le ricorrenti deducono l'omesso esame di un fatto decisivo ai fini della soluzione della controversia, costituito dal fatto che il credito di Fortuno verso Finval fosse esigibile solo a giugno 2007, ragion per cui esso non poteva essere compensato con i dividendi.

In primo luogo, infatti, opera la previsione d'inammissibilità del ricorso per cassazione, di cui all' art. 348-ter c.p.c. , comma 5 , che esclude che possa essere impugnata sotto il profilo dell' art. 360 c.p.c. , comma 1, n. 5 , la sentenza di appello "che conferma la decisione di primo grado"; tale disposizione non si applica, agli effetti del D.L. n. 83 del 2012, art. 54, comma 2 , conv. in L. n. 134 del 2012 , per i giudizi di appello introdotti con ricorso depositato o con citazione di cui sia stata richiesta la notificazione anteriormente all'11 settembre 2012 (Cass. 06/05/2020, n. 8515) mentre nel caso di specie, per quanto emerge dalla sentenza, l'appello risulta notificato in data 26 giugno 2013 e depositato il 12 luglio 2013. In casi siffatti è onere del ricorrente dimostrare che le ragioni di fatto poste a base della decisione di primo grado e di quella di rigetto dell'appello sono tra loro diverse (Cass. 06/05/2020, n. 8515).

In secondo luogo, sotto l'apparente deduzione del vizio di omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio, esso mira, in realtà, ad una rivalutazione dei fatti storici operata dal giudice di merito, il che non è ammissibile (Cass., Sez. U., 27/12/2019, n. 34476). Esso, infatti, facendo riferimento alla possibile rilevanza della eventuale compensazione dei dividendi della società Fortuno e del credito vantato da quest'ultima società nei confronti della Finval, attiene alla valutazione del compendio istruttorio evidentemente fuoriuscendo dal sindacato rimesso a questa Corte, trattandosi, peraltro, di circostanza di cui le ricorrenti non spiegano adeguatamente il carattere decisivo, come invece richiesto e imposto dall'azionato n. 5 dell' art. 360 c.p.c. , comma 1 , in quanto dalla motivazione sopra in parte riportata emerge chiaramente che la CTR abbia considerato tale elemento unitamente ad altri.

8. Col sesto motivo le ricorrenti censurano la decisione, in riferimento all' art. 37-bis, comma 2 , ed all' art. 165 t.u.i.r. e all'art. 10 della Convenzione Italia Paesi Bassi contro le doppie imposizioni, laddove la CTR non ha rideterminato la somma accertata, in riferimento al regime di tassazione dei dividendi in base alla Convenzione Italia Paesi Bassi, come da domanda subordinata, tenendo conto della misura del credito di imposta (art. 165 t.u.i.r.) spettante per la ritenuta del 15 per cento che sarebbe stata operata sui dividendi ove essi fossero stati effettivamente pagati appena deliberati; la CTR così facendo avrebbe violato il D.P.R. n. 600 del 1973, art. 37-bis laddove prevede che l'amministrazione finanziaria disconosce i vantaggi tributari conseguiti mediante gli atti, i fatti e i negozi di cui al comma 1, applicando le imposte

determinate in base alle disposizioni eluse al netto delle imposte dovute per effetto del comportamento inopponibile all'amministrazione.

8.1. Il motivo è inammissibile.

In primo luogo, la CTR ha adottato a fondamento della decisione di rigetto di tale motivo di appello, due distinte rationes decidendi, diverse, ma ciascuna delle quali in grado di sostenerla; e cioè in primo luogo ha evidenziato che "trattasi di credito di imposta riferibile a una ipotetica ritenuta alla fonte spettante all'amministrazione finanziaria olandese di cui si richiede il riconoscimento a scomputo di una imposta effettivamente pagata"; ed in secondo luogo ha ritenuto che dalle dichiarazioni delle parti emergesse che uno dei sicuri motivi della posticipazione del pagamento dei dividendi era proprio quello di evitare la ritenuta olandese del 15 per cento, di tenore anch'esso elusivo. Le ricorrenti invece hanno censurato solo la prima delle argomentazioni usate dai giudici di appello.

Inoltre, in generale, il D.P.R. n. 600 del 1973, art. 37-bis, comma 2 , prevede che i tributi siano determinati in base alle norme eluse, al netto di quanto dovuto per effetto del comportamento inopponibile (oggi la L. n. 212 del 2000, art. 10-bis prevede che si debba tener conto di quanto versato dal contribuente per effetto di dette operazioni); in altri termini, poichè la conseguenza di un comportamento elusivo è la sua inopponibilità all'amministrazione, l'atto impositivo antielusivo applica non l'imposta prevista per la fattispecie realizzata ma l'imposta prevista dalla norma aggirata, tenendo conto di quanto versato per il comportamento realizzato, ove invece le ricorrenti chiedono di tener conto di quanto avrebbero dovuto versare.

9. Con l'ultimo motivo di ricorso le società contestano la sanzionabilità delle fattispecie elusive, denunciando la violazione e/o falsa applicazione del D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 471, art. 1, comma 2 , e il D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 472, artt. 3 , 5 e 6 nonché degli artt. 23 e 25 Cost. , in relazione all' art. 360 c.p.c. , comma 1, n. 3 , evidenziando che le sanzioni non siano applicabili in caso di mera elusione, consistente nell'aggiramento di obblighi e divieti e non nella violazione di una specifica disposizione, anche perchè ciò sarebbe in contrasto con la riserva di legge in materia, di cui agli artt. 23 e 25 Cost. e D.Lgs. n. 471 del 1997, art. 3 ; inoltre la natura procedimentale e non sostanziale del D.P.R. n. 600 del 1973, art. 37-bis e l'obiettiva incertezza normativa renderebbero infondata l'irrogazione della sanzione per infedele dichiarazione.

Sul punto la C.T.R. ha richiamato la giurisprudenza di legittimità (in particolare Cass. 30/11/2011, n. 25536) che rimarca come il legislatore "non ritenga gli atti elusivi quale criterio scriminante per l'applicazione delle sanzioni, che, al contrario, sono irrogate quale naturale conseguenza dell'esito dell'accertamento volto a contrastare il fenomeno dell'abuso del diritto".

9.1. Il motivo non è fondato.

Precisato che la questione dell'applicazione dell'esenzione di cui all'art. 6 non trova spazio nella sentenza impugnata e le ricorrenti non hanno indicato se e in quale atto l'abbiano proposta nè hanno allegato un'omessa pronuncia al riguardo, la statuizione del giudice di appello sull'applicabilità delle sanzioni appare condivisibile, alla luce dell'orientamento di questa Corte, più volte, anche di recente, ribadito.

Il divieto di abuso del diritto si traduce in un principio generale antielusivo, che trova fondamento nel D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, art. 37-bis secondo il quale l'Amministrazione finanziaria disconosce e dichiara non opponibili le operazioni e gli atti, privi di valide ragioni economiche, diretti solo a conseguire vantaggi fiscali, in relazione ai quali gli organi accertatori emettono avviso di accertamento, applicano ed iscrivono a ruolo le sanzioni di cui al D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 471, art. 1, comma 2, comminate dalla legge per il solo fatto di avere il contribuente indicato in dichiarazione un reddito imponibile inferiore a quello accertato, rendendo così evidente come il legislatore non ritenga gli atti elusivi quale criterio scriminante per l'applicazione delle sanzioni, che, al contrario, sono irrogate quale naturale conseguenza dell'esito dell'accertamento volto a contrastare il fenomeno dell'abuso del diritto (Cass. 31/12/2019, n. 34750 e, da ultimo, Cass. 10/08/2022, n. 24613 ; Cass. 19/05/2022, n. 16120 ; Cass. 31/03/2022, n. 10519).

E' vero che questa Corte, terza sezione penale, con la sentenza 7/10/2015, n. 40272, ha escluso che le ipotesi elusive possano configurare una condotta penalmente rilevante, in quanto il nuovo art. 10-bis, aggiunto alla L. n. 212 del 2000 dal D.Lgs. n. 128 del 2015, art. 1 esclude espressamente che le operazioni che siano prive di sostanza economica e realizzino vantaggi fiscali indebiti possano dar luogo a fatti punibili ai sensi delle leggi penali tributarie.

Ma si è parimenti segnalato (Cass. 10/08/2022, n. 24613) che la scelta del legislatore di depenalizzare le operazioni integranti abuso del diritto non è stata accompagnata dalla previsione della assoluta mancanza di sanzionabilità delle predette operazioni, essendo rimasta salva l'applicazione delle sanzioni amministrative tributarie.

10. Il ricorso deve quindi respingersi con condanna delle ricorrenti al pagamento delle spese di lite, liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

rigetta il ricorso; condanna le ricorrenti al pagamento delle spese di lite in favore di Agenzia delle entrate, che liquida in Euro 16.000,00 oltre spese prenotate a debito.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, inserito dalla L. n. 228 del 2012, art. 1, comma 17 dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte delle ricorrenti, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale, a norma dello stesso art. 13, comma 1-bis, se dovuto.

Così deciso in Roma, il 13 ottobre 2022.

Depositato in Cancelleria il 16 gennaio 2023

Documenti citati

Elenco citati

Questo documento non contiene citati.

Documenti collegati

- Normativa
- Prassi
- Giurisprudenza