

Sentenza del 22/12/2023 n. 35802 - Corte di Cassazione - Sezione/Collegio 5

Testo

Testo:

L'Agenzia delle entrate notificò alla Emmelunga Immobiliare Srl , società consolidata, e alla Stile Idealform Srl , società consolidante, in relazione all'anno d'imposta 2005, l'avviso di accertamento di secondo livello n. (Omissis), rettificando il reddito d'impresa, e il provvedimento di irrogazione sanzioni n. (Omissis), applicando le relative sanzioni.

All'esito di verifica fiscale era stato rilevato che la società contribuente aveva stipulato un contratto di prestito di azioni (stock lending) con la società D.F.D Czech s.r.o., (fiscalmente residente nella Repubblica Ceca), quale lender, avente ad oggetto 19.000 azioni, del valore nominale di Euro 1,00 ciascuna, emesse dalla società Tallers Consultadoria e servicios s.a., con sede in (Omissis); in pari data era stato stipulato un secondo contratto, collateral, con cui la Emmelunga aveva dava in pegno le stesse azioni alla D.F.D.; in forza di tali pattuizioni la Emmelunga, rimasta titolare dei diritti economici, avrebbe percepito i dividendi dalle azioni in prestito, assumendo l'obbligo di corrispondere alla D.F.D. un compenso variabile ove l'importo dei dividendi fosse stato superiore ad un certo ammontare. Le commissioni sarebbero, cioè, scattate solo al raggiungimento di un certo importo di utili realizzati e in tal caso sarebbero state superiori agli stessi utili ma fino al raggiungimento di un importo massimo. All'esito del pagamento dei dividendi e della commissione, la società aveva esposto in dichiarazione la variazione in diminuzione del 95% dei dividendi percepiti nonché, tra gli oneri deducibili, i costi sostenuti per il pagamento della commissione.

L'Ufficio finanziario, in particolare, aveva disconosciuto il costo delle commissioni, recuperando a tassazione maggior reddito d'impresa ai fini IRES. 2. Impugnati con distinti ricorsi sia l'atto impositivo che l'atto di irrogazione delle sanzioni dalla società consolidata, dalla società consolidante Stile Idealform Srl e dal legale rappresentante di questa, destinatario di autonoma notifica, la Commissione tributaria provinciale di Firenze disattese le tesi difensive, respingendoli.

La Commissione tributaria regionale della Toscana confermò la decisione di primo grado, con la sentenza oggi impugnata. In particolare, evidenziò che il contratto di stock lending era caratterizzato da anomalie e da una incomprensibile logica finanziaria che "palesava la causa del contratto come tipologia di operazioni fittizie atte alla creazione di costi insussistenti da dedurre a fini fiscali" e che quindi "non si era in presenza di un legittimo accordo di natura aleatoria ma vi era l'esclusivo interesse di realizzare dividendi esteri da utilizzarsi in detrazione al solo fine di abbattere gli utili".

3. Avverso tale sentenza propongono ricorso per cassazione le società e i soci nonchè Alessandro B.B. sulla base di quindici motivi, illustrati da successiva memoria.

Resiste con controricorso l'Agenzia delle Entrate.

La causa è stata trattata all'udienza pubblica del 17/11/2023.

Motivi della decisione 1. Con il primo motivo i ricorrenti deducono la violazione e falsa applicazione del D.Lgs. n. 546 del 1992 , art. 53 , comma 1, in relazione all' art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4), ove si intenda che l'appello sia stato considerato inammissibile avendo la CTR evidenziato che la società "ripropone i motivi espressi nel giudizio di primo grado, non indicando i motivi di censura della impugnata sentenza".

Con il secondo motivo i ricorrenti deducono la nullità della sentenza per violazione dell' art. 112 c.p.c., in relazione all' art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4), avendo la CTR omesso di pronunciarsi sul motivo con cui era stata censurata la decisione di primo grado nella parte in cui aveva respinto l'eccezione di nullità dell'avviso di accertamento per la violazione del D.P.R. n. 600 del 1973 , art. 37-bis vigente ratione temporis, per non aver l'ufficio attivato il procedimento in contraddittorio preventivo chiedendo al contribuente chiarimenti prima dell'emissione dell'avviso di accertamento, evidenziando che in sostanza l'accertamento, anche se non richiamava le disposizioni in tema di elusione, ne aveva fatto applicazione.

Con il terzo motivo i ricorrenti deducono la violazione e falsa applicazione del combinato disposto di cui al D.P.R. n. 600 del 1973 , artt. 37-bis , 39 e 42 vigente ratione temporis, nonchè degli artt. 3 e 97 Cost., in relazione all' art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3), censurando la decisione, laddove sia intesa come rigetto implicito del motivo di appello evidenziato al motivo precedente, che ha ritenuto infondata l'eccezione di nullità dell'avviso per difetto di contraddittorio ai sensi dell'art. 37-bis cit.; dalla motivazione dell'avviso infatti era evidente che la contestazione, sebbene non fosse richiamata tale previsione, era in termini di abuso ed elusione, con la conseguenza che l'ufficio avrebbe dovuto rispettare anche le prescritte garanzie procedurali, necessarie peraltro anche ove la contestazione riguardasse il carattere fittizio dell'operazione alla luce della generalizzazione del principio del contraddittorio.

Con il quarto motivo i ricorrenti deducono la nullità della sentenza per violazione dell' art. 112 c.p.c., in relazione all' art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4), per non essersi la CTR pronunciata sulla dedotta omessa pronuncia da parte dei primi giudici sull'eccezione relativa all'atto di irrogazione delle sanzioni, asseritamente nullo per la violazione degli obblighi motivazionali previsti dal D.Lgs. n. 472 del 1997 , art. 16 , comma 7, che prescrive che l'ufficio si esprima sulle deduzioni difensive.

Con il quinto motivo, in relazione all' art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3), i ricorrenti, ove il silenzio della CTR debba essere inteso come rigetto implicito della dedotta nullità dell'atto di irrogazione sanzioni, deducono la violazione e falsa applicazione del D.Lgs. n. 472 del 1997 , art. 16 , comma 7, in relazione all'atto di irrogazione delle sanzioni, asseritamente nullo per la violazione degli obblighi motivazionali che prescrivono che l'ufficio si esprima sulle deduzioni difensive.

Con il sesto motivo i ricorrenti deducono la nullità della sentenza per violazione dell' art. 112 c.p.c., in relazione all' art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4) per non essersi la CTR pronunciata sul motivo con cui avevano censurato la sentenza di primo grado laddove aveva respinto l'eccezione di nullità dell'avviso di accertamento e dell'atto di irrogazione delle sanzioni, per violazione dell'obbligo di allegazione degli atti richiamati nella loro motivazione, costituiti dai documenti acquisiti a seguito di controlli effettuati su operazioni similari e dalla documentazione trasmessa dalla Direzione centrale Accertamento Ufficio antifrode.

Con il settimo motivo i ricorrenti deducono la violazione e falsa applicazione della L. n. 212 del 2000 , art. 7 nonchè del D.P.R. n. 600 del 1973 , art. 42 , comma 3, in relazione all' art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3), censurando la decisione laddove, in merito alle questioni di cui al quarto motivo, debba intendersi averle decise implicitamente respingendole, in quanto l'avviso e l'atto di irrogazione delle sanzioni erano viziati dalla mancata allegazione dei documenti pur da essi richiamati.

Con l'ottavo motivo i ricorrenti deducono la violazione e falsa applicazione del D.P.R. n. 600 del 1973 , art. 39 , comma 1, in relazione all' art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3), lamentando l'assenza di presunzioni gravi, precise e concordanti riguardanti il carattere fittizio delle operazioni contestate in quanto le asserite anomalie assunte dall'ufficio erano inesistenti o solo apparenti, come ampiamente evidenziato nell'atto di appello.

Con il nono motivo i ricorrenti deducono la violazione e falsa applicazione dell' art. 2697 c.c., in relazione all' art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3), laddove la sentenza viola il riparto dell'onere della prova nella misura in cui afferma essere stato dimostrato dall'Agenzia delle entrate un fatto (il carattere fittizio dei costi) che viceversa risulta documentalmente ed argomentativamente riconfermato nella sua effettività.

Con il decimo motivo i ricorrenti deducono l'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio oggetto di discussione tra le parti, in relazione all' art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5), non essendo stato chiarito il percorso logico argomentativo che giustifica il recupero impositivo e perchè non è stato esaminato il fatto decisivo consistente nella dedotta, allegata, dimostrata effettività delle operazioni in tutte le sue componenti, ossia l'intervenuta realizzazione del contratto, effettività che avrebbe fondatamente impedito una qualsiasi contestazione di fittizietà, restando esperibili unicamente le contestazioni in tema di abuso/elusione, nel rispetto delle relative norme procedurali.

Con l'undicesimo motivo i ricorrenti deducono la nullità della sentenza per violazione dell' art. 112 c.p.c., in relazione all' art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4), non avendo la CTR nulla espresso sulla subordinata richiesta di defalcare dall'imponibile i dividendi che non sarebbero mai stati conseguiti, una volta ritenuta la fittizietà dell'operazione.

Con il dodicesimo motivo i ricorrenti deducono la violazione e falsa applicazione degli artt. 81 e 83 t.u.i.r. nonchè del D.P.R. n. 600 del 1973 , artt. 31 e 39 in combinato disposto con il principio di capacità contributiva di cui all' art. 53 Cost. e i principi di cui all' art. 97 Cost. e della L. n. 212 del 2000 , art. 10 in relazione all' art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3), censurando la sentenza laddove dovesse ritenersi implicitamente aver rigettato la domanda subordinata di cui al nono motivo, in

quanto, una volta ritenuti fittizi i costi pagati alla D.F.D., avrebbero dovuto essere considerati irrilevanti anche i dividendi percepiti per effetto della medesima operazione.

Con il tredicesimo motivo, proposto in relazione all' art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4), i ricorrenti deducono la nullità della sentenza per violazione dell' art. 112 c.p.c., non avendo la CTR nulla deciso in merito al motivo di appello con cui avevano denunciato l'omessa pronuncia sulla eccezione di inapplicabilità delle sanzioni per violazione del D.Lgs. n. 472 del 1997 , artt. 3 , 5 e 6 per assenza di dolo o colpa, e perchè le sanzioni non sono applicabili in caso di elusione/abuso del diritto.

Con il quattordicesimo motivo, proposto in relazione all' art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3), i ricorrenti denunciano violazione e falsa applicazione dell' art. 25 Cost., del D.Lgs. n. 472 del 1997 , art. 3 nonchè dell' art. 37-bis vigente *ratione temporis*, del D.P.R. n. 600 del 1973 ; deducono, per il caso che le questioni oggetto del tredicesimo motivo debbano considerarsi implicitamente decise, l'errore in diritto, in quanto le sanzioni non sono applicabili in caso di elusione/abuso del diritto.

Con il quindicesimo motivo, proposto in relazione all' art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3), i ricorrenti deducono violazione e falsa applicazione del D.Lgs. n. 472 del 1997 , artt. 3 , 5 e 6 nonchè dell' art. 37-bis vigente *ratione temporis*, del D.P.R. n. 600 del 1973 , per inapplicabilità delle sanzioni in presenza di comportamento privo di colpa o dolo o determinato da errore incolpevole sul fatto.

2. Occorre esaminare prioritariamente i motivi che deducono vizi processuali e alcuni dei motivi che attengono a vizi formali dell'avviso oggetto di causa.

Il primo motivo è infondato.

L'esatto contenuto della sentenza va individuato integrando motivazione, nella sua interezza, e dispositivo (Cass. 18/10/2017, n. 24600); nel caso di specie, inequivoco quest'ultimo nel senso della conferma della sentenza impugnata e non della pronuncia della inammissibilità dell'appello, in motivazione la CTR ha ampiamente esaminato il merito del gravame, circostanza che induce a ritenere che la scarna affermazione censurata dalle ricorrenti non abbia altra funzione che esprimere la condivisione delle argomentazioni del giudice di primo grado.

3. Sono altresì infondati il secondo, il quarto ed il sesto motivo di ricorso, con cui i ricorrenti deducono omessa pronuncia rispettivamente sulle eccezioni di nullità dell'avviso per mancanza del contraddittorio D.P.R. n. 600 del 1973 , ex art. 37-bis dell'atto di irrogazione delle sanzioni per la violazione degli obblighi motivazionali, e di entrambi per mancata allegazione della documentazione in essi richiamata.

Infatti, configurando la pretesa violazione del contraddittorio o il vizio di forma un ipotetico vizio di invalidità degli atti impositivi, a prescindere dal loro contenuto, la decisione che apprezzando il merito della pretesa tributaria li ha invece confermati, comporta necessariamente un rigetto implicito del relativo motivo d'appello. Invero, il vizio di omessa pronuncia - configurabile allorchè risulti completamente omesso il provvedimento del giudice indispensabile per la

soluzione del caso concreto - non ricorre nel caso in cui, seppure manchi una specifica argomentazione, la decisione adottata in contrasto con la pretesa fatta valere dalla parte ne comporti il rigetto (ex plurimis Cass. 05/07/2022, n. 21311 ; Cass. 25/06/2020, n. 12652 ; Cass. 13/08/2018, n. 20718).

4. Il quinto motivo deduce la violazione del D.Lgs. n. 472 del 1997 , art. 16 , comma 7, non avendo l'ufficio espressamente motivato, nel provvedimento di irrogazione delle sanzioni, sulle deduzioni difensive.

Il motivo non è fondato.

In generale, il D.Lgs. n. 471 del 1997 , art. 16 , comma 7, prevede per il caso in esame (sanzione applicata autonomamente rispetto all'eventuale accertamento) un contraddittorio cd. rafforzato, affidato ad un atto di contestazione notificato al contribuente e alla facoltà di questi di presentare deduzioni difensive, sulle quali l'ufficio deve motivare a pena di nullità, espressamente prevista dalla disposizione dell'art. 16, commi 4 e 7 (Cass. 01/08/2019, n. 20733).

La genericità e incompletezza dei richiami al contenuto delle memorie difensive (contenuti a pagina 14 e a pagina 34 e che attengono solo alla negazione dei presupposti del recupero) non consentono di ritenere violato l'obbligo di motivazione rafforzata, anche alla luce della circostanza che erano stati notificati gli avvisi di accertamento.

5. Il settimo motivo è infondato.

I ricorrenti contestano, in particolare, che l'avviso di accertamento e l'atto di irrogazione delle sanzioni, a loro notificati, facevano riferimento a documentazione rinvenuta in altre aziende, di cui essi non hanno mai avuto conoscenza, nonchè alle indicazioni contenute in una nota della Direzione centrale, Ufficio antifrodi.

Occorre ricordare, invero, che secondo il consolidato orientamento della Corte "in tema di motivazione degli avvisi di accertamento, l'obbligo dell'Amministrazione di allegare tutti gli atti citati nell'avviso (L. 27 luglio 2000, n. 212 , art. 7) va inteso in necessaria correlazione con la finalità "integrativa" delle ragioni che, per l'Amministrazione emittente, sorreggono l'atto impositivo, secondo quanto dispone la L. 7 agosto 1990, n. 241 , art. 3 , comma 3: il contribuente ha, infatti, diritto di conoscere tutti gli atti il cui contenuto viene richiamato per integrare tale motivazione, ma non il diritto di conoscere il contenuto di tutti quegli atti, cui si faccia, rinvio nell'atto impositivo e sol perchè ad essi si operi un riferimento, ove la motivazione sia già sufficiente (e il richiamo ad altri atti abbia, pertanto, mero valore "narrativo"), oppure se, comunque, il contenuto di tali ulteriori atti (almeno nella parte rilevante ai fini della motivazione dell'atto impositivo) sia già riportato nell'atto noto. Pertanto, in caso di impugnazione dell'avviso sotto tale profilo, non basta che il contribuente dimostri l'esistenza di atti a lui sconosciuti cui l'atto impositivo faccia riferimento, occorrendo, invece, la prova che almeno una parte del contenuto di quegli atti, non riportata nell'atto impositivo, sia necessaria ad integrarne la motivazione" (Cass. 10/02/2016, n. 2614 ; Cass. 18/12/2009, n. 26683 ; v. anche Cass. 05/10/2018, n. 24417).

Orbene, il motivo è del tutto generico perchè non trascrivendo nè richiamando l'avviso sul punto non consente di valutare la rilevanza dei suddetti rimandi e la necessità al fine di integrarne la motivazione, finalità integrativa che appare invero del tutto esclusa sia dalla sintesi dell'avviso di accertamento riportata, ove i riferimenti sono tutti concretamente alla specifica operazione contestata alla società ricorrente, che dalla circostanza che si faceva riferimento ad elementi illustrati nel p.v.c., previamente consegnato alle ricorrenti, come espressamente evidenziato in ricorso.

6. L'esame degli ulteriori motivi postula un preliminare inquadramento della vicenda, alla luce di costanti orientamenti di questa Corte al riguardo.

6.1. La fattispecie in esame ha ad oggetto la stipula di un contratto denominato stock lending agreement tra la odierna ricorrente e la società ceca D.F.D., che consiste in un prestito di titoli contro pagamento di una commissione (fee) e contestuale costituzione da parte del mutuatario (borrower) di una garanzia, rappresentata da denaro o da altri titoli di valore complessivamente superiore a quello dei titoli ricevuti in prestito, chiamata collateral, a favore del mutuante (lender), a garanzia dell'obbligo di restituzione dei titoli ricevuti.

Come già chiarito da questa Corte, "I vantaggi che il contratto di stock lending consente di conseguire al soggetto che presta i titoli vanno individuati nella possibilità di beneficiare di margini reddituali senza assumere ulteriori rischi di mercato rispetto a quelli già presenti in portafoglio, mantenendo inalterata la flessibilità nella gestione dell'investimento senza ostacolare in alcun modo le scelte operative.

Autorevole dottrina, occupandosi dell'argomento, ha posto in rilievo che la fattispecie in esame è di norma caratterizzata dall'assenza di qualsiasi alea contrattuale in ordine al versamento della commissione, ben sapendo le parti sin dalla conclusione del contratto che il prestatario dovrà pagare la fee, sia che l'importo di tale commissione sarà più o meno equivalente al valore dei dividendi distribuiti. Si è, pertanto, ritenuto che, sul piano civilistico, l'operazione sia sostanzialmente "neutrale" per il prestatario che ottiene unicamente un vantaggio fiscale, che gli deriva dalla intassabilità dei dividendi riscossi e dalla integrale deducibilità della commissione versata al prestatore" (Cass. 13/04/2021, n. 9628 , in motivazione).

6.2. Nel caso di specie, la ricorrente ha sottoscritto con la società ceca D.F.D. Czech un contratto di prestito di azioni della Tallers (società portoghese, con sede nella zona franca di (Omissis), di cui era unica azionista la D.F.D. Czech).

L'accordo prevedeva che la ricorrente, "prestataria" delle azioni Tallers, avesse diritto all'incasso dei dividendi ad esse correlati, conservando invece D.F.D. Czech, titolare e "prestatore" delle azioni, gli altri diritti, tra i quali il diritto di voto.

Il contratto tra le società prevedeva che se la Tallers avesse distribuito dividendi inferiori ad Euro 6.460.000,00, la Emmelunga Immobiliare Srl non avrebbe dovuto corrispondere alla D.F.D. alcuna commissione (fee); se, invece, la Tallers avesse distribuito dividendi per un ammontare superiore alla predetta somma, Emmelunga Immobiliare Srl avrebbe dovuto corrispondere alla

DFD una fee di importo pari agli stessi utili, maggiorata di una posta pari al 9,328% dell'ammontare di questi ultimi, ma comunque non superiore ad Euro 9.555.000,00.

A garanzia della restituzione dei titoli, inoltre, con contratto collegato stipulato in pari data, le stesse azioni oggetto del prestito erano state date in pegno alla medesima società mutuante, sicchè, per tale aspetto, le azioni non erano mai state materialmente trasferite tra le parti.

Dal punto di vista fiscale, la commissione pagata dalla stessa Emmelunga Srl alla D.F.D., nella misura di Euro 8.315.318,95, era integralmente dedotta D.P.R. n. 600 del 1973 , ex art. 109 a fronte della percezione di complessivi Euro 7.605.845,66 di dividendi, il 95% per cento dei quali era escluso dall'imponibile ai sensi e nei limiti di cui al D.P.R. n. 917 del 1986 , art. 89 .

6.3. La CTR, con la decisione impugnata in questa sede, ha confermato l'invalidità del contratto, ritenendo che esso fosse stato concluso sostanzialmente allo scopo di conseguire indebiti vantaggi fiscali, senza ulteriori apprezzabili ragioni economiche, caratterizzato da anomalie e da una incomprensibile logica finanziaria "che palesava la causa del contratto come tipologia di operazioni fittizie atte alla creazione di costi insussistenti da dedurre a fini fiscali; non si era in presenza di un legittimo accordo di natura aleatoria ma vi era l'esclusivo interesse di realizzare dividendi esteri da utilizzarsi in detrazione al solo fine di abbattere gli utili".

6.4. Tanto premesso, ritiene il collegio che la decisione impugnata sia da confermare, previa correzione della motivazione, ai sensi dell' art. 384 c.p.c. perchè l'esito è conforme all'orientamento ormai consolidato, e comunque da ribadire, di questa Corte.

Deve, innanzitutto, rilevarsi che sfugge alla disponibilità delle parti e spetta al giudice la determinazione della norma in base alla quale si deve giudicare la singola fattispecie. Nel caso in esame, sostanzialmente le parti concordano sull'esistenza e sul contenuto degli accordi di prestito di azioni, mentre controbattono soltanto sull'individuazione della soluzione giuridica di riferimento, in ordine alla quale la Corte ritiene, come già argomentato nelle precedenti decisioni su analoghe questioni, che l'operazione in esame debba essere tralasciata ai sensi del combinato disposto del D.P.R. n. 917 del 1986 , art. 109 , comma 8, ed art. 89.

In fattispecie analoghe questa Corte ha già ritenuto, con orientamento consolidato da una serie di pronunce conformi, che "In tema di imposte sui redditi, l'operazione di "stock lending", ossia di prestito di azioni, che preveda, a favore del mutuatario, il diritto all'incasso dei dividendi dietro versamento al mutuante di una commissione (corrispondente, o meno, all'ammontare dei dividendi riscossi) realizza il medesimo fenomeno economico dell'usufrutto di azioni, senza che rilevi, ai fini tributari, che in un caso si verta su un diritto reale e, nell'altro, su un diritto di credito, sicchè è soggetta ai limiti previsti dal D.P.R. n. 917 del 1986 , art. 109 , comma 8, restando il versamento della commissione costo indeducibile" (Cass. 12/05/2017, n. 11872 ; conformi Cass. 28/09/2020, n. 20424 ; Cass. 23/03/2021, n. 8061 ; Cass. 13/04/2021, n. 9628 ; Cass. 09/06/2021, n. 16145 ; Cass. 12/11/2021, n. 9628; Cass. 12/05/2021, n. 12508 ; Cass. 18/02/2022, n. 5500 ; Cass. 21/02/2022, n. 5637 ; Cass. 23/02/2022, n. 6030 e n. 6063; Cass. 24/02/2022, n. 6268 e 6276; Cass. 21/04/2022, n. 12763 ; Cass. 24/05/2022, n. 16685 ; Cass. 5/07/2022, n. 21311 ; Cass. 28/11/2022, n. 34994 ; Cass. 30/11/2022, n. 35247 ; Cass. 20/03/2023, n. 7992).

In tali pronunce si è infatti evidenziato che nella formulazione vigente *ratione temporis*, del D.P.R. n. 917 del 1986 , art. 109 , il comma 8 disponeva che "In deroga al comma 5 non è deducibile il costo sostenuto per l'acquisto del diritto d'usufrutto o altro diritto analogo relativamente ad una partecipazione societaria da cui derivino utili esclusi ai sensi dell'art. 89".

Come è stato evidenziato nei citati arresti giurisprudenziali, l'usufrutto di azioni è un'operazione finanziaria con la quale viene concesso il diritto a percepire i dividendi distribuiti da un'altra società, a fronte di un corrispettivo comprensivo del valore attuale dei flussi futuri di utili. Il cedente, pertanto, percepisce anticipatamente l'entità del dividendo sotto forma di corrispettivo per la cessione dell'usufrutto e il cessionario iscrive in bilancio, nell'attivo patrimoniale immateriale, il corrispondente onere.

Dell'art. 109, il predetto comma 8 dispone l'indeducibilità tributaria del costo così sostenuto, quando vengano in rilievo partecipazioni societarie da cui derivino utili esclusi da tassazione, individuando un parallelismo tra la deducibilità del costo dell'usufrutto su azioni ed imponibilità dei dividendi derivanti dalla sottostante partecipazione. Anche nel contratto di stock lending, come nell'usufrutto di azioni, il trasferimento (temporaneo) della titolarità del diritto a percepire il dividendo si associa ad un costo, rappresentato dalla commissione.

Il fenomeno, ad un'analisi economica e giuridico-tributaria oggettiva e sostanziale, è dunque lo stesso, senza che assuma rilievo, ai fini tributari (gli unici che qui rilevano, non essendovi la necessità di una declinatoria civilistica sul contratto), la circostanza che nell'un caso si verta su un diritto reale e, nell'altro, in un diritto di credito, anche perchè la stessa disposizione citata si riferisce letteralmente "ad altro diritto analogo", senza ulteriori connotazioni, "sicchè non va intesa come meramente confinata ai soli diritti reali (interpretazione che, del resto, avrebbe una valenza abrogatoria), non deponendo in tal senso nè la lettera, nè lo spirito della disposizione", per cui l'interpretazione adottata non realizza alcuna impropria estensione analogica del dettato della norma (Cass. n. 11872/2017 , cit.).

Ne deriva che il contratto non è nullo per mancanza di causa o violazione di norme imperative, nè l'operazione va considerata elusiva, neppure ponendosi una lesione dell' art. 41 Cost., ma, semplicemente, i costi sostenuti per l'operazione di stock lending (i.e. la commissione) sono indeducibili ex art. 109 , comma 8, t.u.i.r. , dovendosi in tal senso integrare la motivazione della sentenza impugnata.

Pertanto, il costo sostenuto (ovvero la commissione) dal prestatario (borrower) per l'operazione di stock lending deve ritenersi indeducibile come quello sostenuto dall'usufruttuario per l'acquisto del diritto d'usufrutto.

Negli arresti più recenti (ad es. Cass. n. 35247/2022 cit.) è stato anche segnalato come non appaia fondata la considerazione, avanzata in dottrina, che critica l'indeducibilità del cd. "manufactured dividend", sostenendo che la pronuncia di questa Corte (Cass. n. 11872 del 2017 , cit.), che per prima ha ricondotto la fattispecie in esame alla violazione del D.P.R. n. 917 del 1986 , art. 109 , comma 8, avrebbe travisato le ragioni dell'indeducibilità del costo dell'usufrutto su partecipazioni, che non si collegherebbe alla percezione, da parte dell'usufruttuario, di dividendi

esclusi da imposta, ma alla simmetrica intassabilità della plusvalenza in capo al soggetto che ha costituito l'usufrutto.

Tale argomento non pare sostenibile di fronte al dato testuale della norma, che equipara il "diritto di usufrutto" ad ogni "altro analogo diritto" e fa discendere l'indeducibilità del costo per l'acquisto del diritto al fatto che dalla partecipazione acquisita derivino utili esenti, ai sensi del ridetto art. 89, senza che al riguardo spieghi alcuna incidenza il regime di imposizione cui è assoggettato il "prestatore" delle azioni (cfr. Cass. 09/06/2021, n. 16145 , cit., in motivazione, al punto 16.4).

Del resto, la considerazione sul senso della "simmetria fiscale", che sarebbe stata infranta dall'orientamento della giurisprudenza di legittimità che prende le mosse dalla sentenza del 2017, non si adatta alla fattispecie in esame, perchè, se è vera l'intassabilità della plusvalenza in capo al soggetto che ha costituito l'usufrutto, mediante lo strumento indiretto del prestito titoli con commissioni non vi potrebbe mai essere in radice qualsivoglia plusvalenza, non essendovi un contratto traslativo.

Anche la circostanza che il legislatore abbia introdotto nel tempo specifiche clausole antielusive per l'ipotesi, ad esempio, di dividend washing, nei contratti di pronti contro termine o nelle vendite di partecipazioni con patto di riacquisto, non contrasta con l'interpretazione normativa prospettata, ma significa soltanto che, a parte la clausola generale estensiva del D.P.R. n. 917 del 1986 , art. 109 , comma 8, si è voluta dare regolamentazione specifica a talune fattispecie di confine, altrimenti difficilmente qualificabili.

6.5. Ciò premesso, il fulcro della ripresa a tassazione - pur nel contesto della qualificazione giuridica dell'operazione, ai fini fiscali, ai sensi del combinato disposto del D.P.R. n. 917 del 1986 , art. 109 , comma 8, e art. 89 - continua ad individuarsi, in fatto, nel medesimo presupposto, ovvero nella contestazione dell'indebita deduzione integrale dal reddito fiscalmente imponibile della fee corrisposta. Ciò che costituisce (al netto delle argomentazioni - già definite irrilevanti nei citati arresti di legittimità- spese per ricondurre la fattispecie in esame a figure negoziali nulle sotto il profilo civilistico, ovvero ad ipotesi elusive) il nucleo dell'avviso d'accertamento.

7. Per quanto fin qui detto, e per quanto infra si aggiungerà, ricondotto il contratto di stock lending nel perimetro del D.P.R. n. 917 del 1986 , art. 109 , comma 8, gli ulteriori motivi di ricorso vanno respinti, anche se la motivazione deve essere corretta, ai sensi dell' art. 384 c.p.c., u.c., come è possibile qualora la questione giuridica sottesa sia comunque da disattendere, finanche nell'ipotesi in cui la motivazione resa dal giudice dell'appello sia, rispetto ad un dato motivo, sostanzialmente apparente (Cass. 01/03/2019, n. 6145 ; Cass. 18/11/2019, n. 29880).

8. Il terzo motivo si rivela quindi inammissibile, perchè, alla luce di quanto esposto sulla riconducibilità dello stock lending all'usufrutto di azioni, si rivelano irrilevanti le doglianze della contribuente nella parte in cui censurano, per vari aspetti, la violazione della disposizione antielusiva dettata dal D.P.R. n. 600 del 1973 , art. 37-bis non applicandosi quest'ultima al caso de quo.

Peraltro, più in generale, occorre ricordare che nella specie, gli accertamenti condotti dall'Amministrazione finanziaria hanno ad oggetto la rideterminazione del reddito imponibile ai fini IRES, tributo non armonizzato, per il quale, in assenza di specifica prescrizione, il diritto nazionale non pone in capo all'Amministrazione fiscale, che si accinga ad adottare un provvedimento lesivo dei diritti del contribuente, un generalizzato obbligo di contraddittorio endoprocedimentale, comportante, in caso di violazione, l'invalidità dell'atto (Cass., Sez. U., 09/12/2015, n. 24823 ; Cass. 11/05/2018, n. 11560 ; Cass. 07/09/2018, n. 21767).

9. Analoghe considerazioni valgono per ottavo, nono e decimo motivo, con cui rispettivamente i ricorrenti lamentano l'assenza di presunzioni gravi, precise e concordanti riguardanti il carattere fittizio delle operazioni contestate, la violazione del riparto degli oneri probatori, e, infine, sotto il profilo dell' art. 360 c.p.c., n. 5), l'omesso esame del fatto decisivo consistente nella "dedotta, allegata, dimostrata effettività delle operazioni in tutte le sue componenti, ossia l'intervenuta realizzazione del contratto, effettività che avrebbe fondatamente impedito una qualsiasi contestazione di fittizietà, restando esperibili unicamente le contestazioni in tema di abuso/elusione, nel rispetto delle relative norme procedurali".

Tutti tali motivi postulano infatti una ricostruzione della pretesa tributaria fondata sul carattere fittizio dell'operazione che è alternativa a quanto esposto.

Giova peraltro precisare che il decimo motivo è altresì inammissibile anche perchè in presenza di una cd. doppia conforme di merito, la parte ricorrente, per evitare l'inammissibilità del motivo di cui all' art. 360 c.p.c., n. 5, disposta dall' art. 348-ter c.p.c., comma 5, (applicabile, ai sensi del D.L. n. 83 del 2012 , art. 54 , comma 2, conv., con modif., dalla L. n. 134 del 2012 , ai giudizi d'appello introdotti con ricorso depositato o con citazione di cui sia stata richiesta la notificazione dal giorno 11 settembre 2012, come nel caso di specie), deve indicare le ragioni di fatto poste a base, rispettivamente, della decisione di primo grado e della sentenza di rigetto dell'appello, dimostrando che esse sono tra loro diverse (Cass. 06/05/2020, n. 8515), il che non è avvenuto nel caso in esame.

Ed infine esso appare ulteriormente inammissibile perchè la censura sostanzialmente non attinge (come è necessario: cfr. Cass. 06/09/2019, n. 22397 , ex plurimis) un "fatto", ovvero un preciso accadimento o una precisa circostanza in senso storico-naturalistico, come tale non ricomprendente questioni o argomentazioni, ma una serie di argomentazioni difensive.

10. Le medesime considerazioni rendono infondate altresì le doglianze di cui all'undicesimo (omessa pronuncia sulla domanda subordinata volta a defalcare dall'imponibile il 5% dei dividendi) e dodicesimo motivo (illegittimità della sentenza ove abbia implicitamente disatteso tale domanda subordinata).

Le ricorrenti hanno debitamente trascritto i passaggi e le conclusioni dell'atto di appello, in ossequio al principio di specificità di cui all' art. 366 c.p.c., comma 1, n. 4); ora, se è vero che la CTR ha omesso di esaminare tale domanda subordinata, della cui proposizione invero non ha neanche dato atto in parte narrativa, è principio del tutto consolidato che la Corte, accertata la nullità della sentenza conseguente a vizi processuali, ed in particolare dell'omessa pronuncia su un motivo di appello, possa far uso del potere sostitutivo di cui all' art. 384 c.p.c., comma 2, con

decisione della causa nel merito, essendo il potere del giudice di legittimità di decidere la causa nel merito operante anche in caso di violazione o falsa applicazione di norme processuali (Cass. 20/10/2017, n. 24866), il che è conforme al principio di economia processuale e di ragionevole durata del processo, sempre che si tratti di questione che non richieda ulteriori accertamenti di fatto (Cass. 16/06/2023, n. 17416 ; Cass. 28/10/2015, n. 21968 ; Cass. 28/06/2017, n. 16171 ; Cass. 19/04/2018, n. 9693).

Alla luce di quanto esposto al par. 6 in merito alla riconducibilità dello stock lending all'usufrutto di azioni, non ricorrendo una ipotesi di inesistenza o nullità del contratto ma essendo questione di mera indeducibilità dei costi sostenuti per un contratto valido, il motivo, che fonda appunto sulla inesistenza o fittizietà dell'operazione negoziale, deve essere respinto; nè rileva, in tal caso, la L. n. 44 del 2012 , art. 8, comma 2, segnalato dal PG, secondo il quale, "ai fini dell'accertamento delle imposte sui redditi non concorrono alla formazione del reddito oggetto di rettifica i componenti positivi direttamente afferenti a spese o altri componenti negativi relativi a beni o servizi non effettivamente scambiati o prestati, entro i limiti dell'ammontare non ammesso in deduzione delle predette spese o altri componenti negativi", disposizione che opera in presenza di operazioni inesistenti e non meramente riqualficate.

11. Analoghe considerazioni valgono per il tredicesimo, il quattordicesimo e il quindicesimo motivo.

Anche in tal caso la CTR non si è pronunciata sulle doglianze in tema di inapplicabilità delle sanzioni sia perchè in presenza di condotta elusiva sia per l'asserito difetto dell'elemento soggettivo, ma la sentenza può essere semplicemente integrata evidenziando che entrambe le censure scontano le medesime insufficienze dei motivi sopra esaminati, essendo la prospettazione legata alla qualificazione della condotta come elusiva e non come evasiva, sicchè le doglianze sono, in parte qua, inammissibili.

Neppure sussiste la lamentata incertezza normativa, pure adombrata nel motivo di ricorso.

Come evidenziato anche da Cass. 28/09/2020, n. 20424 , l' art. 109 , comma 8, t.u.i.r. , nell'affermare l'indeducibilità dei costi, è chiaro nell'enucleare le fattispecie rilevanti nell'"acquisto del diritto d'usufrutto o altro diritto analogo relativamente ad una partecipazione societaria da cui derivino utili esclusi ai sensi dell'art. 89", da cui, come rilevato, l'inclusione del contratto di stock lending nella sua portata.

12. Il ricorso va quindi rigettato.

Le spese, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M. rigetta il ricorso; condanna i ricorrenti al pagamento delle spese di lite in favore dell'Agenzia delle Entrate, spese che liquida in Euro 12.000,00 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 dei ricorrenti, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma dello stesso art. 13, comma 1-bis, se dovuto.

Documenti citati



Documenti collegati

- Normativa
- Prassi
- Giurisprudenza