



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA COMMISSIONE TRIBUTARIA REGIONALE
DI LOMBARDIA

SEZIONE 21

riunita con l'intervento dei Signori:

<input type="checkbox"/>	SERVETTI	GLORIA	Presidente e Relatore
<input type="checkbox"/>	ATANASIO	RICCARDO	Giudice
<input type="checkbox"/>	TAVIANO	PAOLO ANDREA	Giudice
<input type="checkbox"/>			

ha emesso la seguente

SENTENZA

- sull'appello n. 3118/2020
depositato il 04/08/2020

- avverso la pronuncia sentenza n. 5411/2019 Sez:4 emessa dalla Commissione
Tributaria Provinciale di MILANO
contro:
AG. ENT. D.R. LOMBARDIA

pronosto dagli appellanti:

rappresentante difeso da:
MATTARELLI FRANCESCO

rappresentante difeso da:
MATTARELLI FRANCESCO
VIA ROMA 6/9A 16121 GENOVA GE

Atti impugnati:

SEZIONE

N° 21

REG.GENERALE

N° 3118/2020

UDIENZA DEL

10/05/2021 ore 09:30

N°

2266/2021

PRONUNCIATA IL:

10-05-2021

DEPOSITATA IN
SEGRETARIA IL

15-06-2021

Il Segretario

[Signature]
(G. Romito)



SEZIONE

N° 21

REG.GENERALE

N° 3110/2020

UDIENZA DEL

10/05/2021 ore 09:30

AVVISO DI ACCERTAMENTO n° TMB0E1B00638 2018 IRES-ALTRO 2013

- da tali pretese era scaturita la necessità di costituire in Austria l'apposita società HOLDCOAT, dotata di un capitale sociale di € 35.000,00= e destinataria di conferimenti in denaro per € 12.469.737, la cui partecipazione era poi stata venduta da [redacted] (per il corrispettivo di € 1); in seguito, era stata proprio HOLDCOAT ad acquistare da [redacted] (sempre per € 1) le partecipazioni nelle società HM-IT e HM-US e [redacted] aveva portato in deduzione la minusvalenza di € 12.500.000 "in quanto derivante dalla cessione di una partecipazione priva del requisiti c.d. pex";

- con l'avviso in parola l'Ufficio aveva invece ritenuto che la complessa operazione fosse stata dalla ricorrente organizzata a fini elusivi, dal momento che il medesimo risultato finale avrebbe potuto essere raggiunto attraverso un ben più semplice conferimento in HM-IT della somma di € 12.500.000= prima della sua cessione a [redacted], con la conseguenza che solo grazie all'operazione posta in essere [redacted] aveva realizzato una minusvalenza in realtà indeducibile, posto che le partecipazioni di [redacted] in HM-IT erano in regime "pex";

- con sentenza n. 5411/2019 resa in data 4 – 11 dicembre 2019 la CTP di Milano respingeva il proposto ricorso della società con sua condanna alle spese, per l'ammontare di € 35.000,00=;

- la Commissione, dopo avere rigettato le eccezioni preliminari e premesso che a mente del comma 9 dell'art. 10 *bis* dello Statuto, laddove l'ufficio abbia dimostrato l'esistenza di una concatenazione di operazioni prive di sostanza economica dalle quali deriva un vantaggio fiscale per il contribuente, è onere di quest'ultimo dimostrare l'esistenza di valide ragioni extrafiscali, non marginali, anche di carattere organizzativo o gestionale, che rispondono alla finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa ovvero dell'attività professionale del contribuente, dimostrazione nella specie non fornita in quanto l'accordo quadro risalente al 25 gennaio 2013 non attesta che sia stato il contraente austriaco a pretendere un'operazione così complessa per determinarsi ad accedere all'acquisto, mentre certo è il vantaggio fiscale realizzato da [redacted] con la possibilità, altrimenti esclusa, di dedursi la minusvalenza;

- contro tale sentenza ha proposto gravame la società originaria ricorrente, chiedendo che in riforma della stessa sia annullato integralmente l'avviso di accertamento impugnato e, in via solo subordinata, siano annullate le sanzioni irrogate oppure ridotte per effetto del riconoscimento della loro non proporzionalità;

- in particolare, l'appellante ha osservato che: 1. Con riguardo al requisito della "assenza di sostanza economica", non era affatto necessario ricapitalizzare HM-IT perché al 31.12.2012 aveva un patrimonio netto di 42 milioni di euro (riserve per 72 milioni, incise da perdite per 34,6 milioni), tanto che prova si trae dal fatto che pochi giorni dopo l'acquisto delle partecipazioni il nuovo socio S Holding si "rimborsò" 25 milioni di euro prelevandoli da HM-IT; 2. Il preteso conferimento di € 12.500.000 neppure sarebbe stato ragionevole perché l'acquirente P. [redacted] aveva intenzione di "drenare" la cassa di HM-IT per spostarla in Austria; 3. Gli accordi prevedevano molteplici obblighi a carico di F. [redacted] e imposti da [redacted] a propria tutela (anche di immagine), così che l'importo in discussione era stato preteso come remunerazione o indennità a fronte degli obblighi assunti e interesse dell'acquirente era avere sin dall'inizio la disponibilità di tali somme

FATTO E MOTIVI DELLA DECISIONE

PREMESSO IN FATTO CHE:

- Con ricorso depositato il 6.02.2019 *[redacted]* S.p.A. impugnava l'avviso di accertamento TMB0E1B00638/2018 notificatole il 30.11.2018 con riferimento a IRES 2013 e recante una maggiore imposta di € 3.438.802,00=, oltre interessi pari a € 601.837,46= e sanzioni per € 3.094.921,80=;
- l'accertamento scaturiva dall'istruttoria compiuta dall'Ufficio Grandi Contribuenti della Direzione Regionale Lombardia, in principalità attraverso l'esame della documentazione richiesta alla società anzidetta e ai chiarimenti offerti, relativamente alla correttezza fiscale di un'operazione perfezionatasi nel 2013 e intesa alla dismissione delle partecipazioni nella società *[redacted]* (in breve, HM - IT) attraverso la costituzione di una società *holding* austriaca (New-co), dotata di capitale pari ad € 35.000 e di una riserva di capitale di € 1.504.737,00, poi ceduta alla società di diritto austriaco *[redacted]* AG al prezzo di un euro, con l'effetto che la New-co, non più controllata da *[redacted]* S.p.A., aveva acquistato le quote di partecipazione della HM - IT al prezzo di un euro, sicché l'Ufficio ha ritenuto che dette operazioni rientrassero nell'ambito applicativo dell'art. 10 *bis* della legge n. 212/2000 e ha così notificato alla società l'avviso di accertamento in oggetto;
- con il richiamato ricorso la società contribuente agiva innanzi alla competente CTP di Milano per l'annullamento dell'avviso sulla base dei seguenti motivi: A) *in via preliminare*: 1) Violazione dell'art. 42, DPR n. 600/1973 (in quanto la parte sosteneva che, non essendo la firma in calce all'atto del Direttore Regionale, l'Ufficio sarebbe onerato di provare la legittimazione del funzionario sottoscrittore con "delega valida e rispondente ai parametri più volte descritti dalla Suprema Corte in difetto della quale l'atto sarebbe senz'altro nullo"; 2) Violazione dell'art. 10 *bis*, c. 8, per assenza di motivazione in relazione ai chiarimenti forniti da essa contribuente; 3) Violazione dell'art. 10 *bis*, c. 8, per assenza di motivazione in relazione al carattere "essenziale" del risparmio fiscale; B) *nel merito*: 4) insussistenza del requisito della "assenza di sostanza economica"; 5) insussistenza di un vantaggio fiscale "indebito" e della "essenzialità" di tale vantaggio; 6) carenza di analisi da parte dell'Ufficio sulla sussistenza di valide ragioni extra-fiscali; 7) illegittimità della riscossione provvisoria; C) *in via subordinata*: 8) riduzione delle sanzioni ex art. 7, comma 4, D.lgs. n. 472/1997;
- esponeva in fatto la ricorrente che, dopo avere acquisito nel 2007 la società HM - IT ed averla in più occasioni ricapitalizzata per un importo complessivo di € 269.000.000, nel corso del 2012 aveva deciso, in ragione delle persistenti gravi perdite, di alienarla insieme alla consociata americana HM - US, individuando quale acquirente il gruppo austriaco *[redacted]* il quale aveva peraltro preteso, tra il resto, di vedersi assicurato un importo pari a € 12.500.000 per tenersi indenne da possibili rischi e dai notevoli oneri collegati all'acquisizione;

all'interno di una società di diritto austriaco, maggiormente funzionale alla realizzazione del programma delineato;

- si è costituita nel grado la Direzione Regionale Lombardia della A.E. per ricostruire l'intero sviluppo della vicenda e ribadire che gli accordi del 25 gennaio 2013 con F hanno comportato per i perdite per € 12.505.000,00= che erano già state incluse nel bilancio al 31.12.2012 tramite l'iscrizione di un fondo oneri futuri, a fronte di un impegno contrattuale oneroso vincolante esistente a fine 2012, così che, con l'insorgere di una minusvalenza per € 12.504.736 (pari a € 35.000 di capitale sociale più € 12.469.737,00 di riserva di capitale meno 1 euro, corrispondente al prezzo di cessione), l'importo è stato contabilizzato dalla società a storno del fondo stanziato nel precedente esercizio: al di là della regolarità formale e dei congruenti dati contabili, ha l'Ufficio sottolineato la ricorrenza degli elementi essenziali previsti dall'art. 10 bis, quanto a dire a) l'assenza di sostanza economica delle operazioni effettuate, b) la realizzazione di un vantaggio fiscale indebito, c) la circostanza che il vantaggio fiscale rappresenta l'effetto essenziale dell'operazione stessa, così concludendo per il rigetto del gravame;

- l'appellante ha, infine, nei termini depositato memoria illustrativa, completa di riferimenti ai più recenti arresti giurisprudenziali;

- fissata l'odierna udienza di trattazione, con precisazione che la stessa si sarebbe tenuta in modalità cartolare giusta la normativa propria della presente emergenza sanitaria, l'appellante ha nei termini depositato istanza di udienza pubblica in presenza o, in caso, tramite collegamento da remoto, cui hanno fatto seguito i tempestivi adempimenti ex art. 27 D.L. n. 137/2020 e la discussione ha avuto ritualmente luogo: all'esito, la Commissione si è riservata la decisione.

RITENUTO, IN DIRITTO, CHE:

- Stima la Commissione opportuno preliminarmente rammentare i termini della più recente interpretazione del quadro normativo di riferimento, atteso che il nucleo centrale della controversia attiene al riscontro, positivo o negativo, dei presupposti e degli elementi costitutivi della fattispecie elusiva di cui all'art. 10 bis L. n. 212/2000, che ha sostituito il precedente art. 37 bis DPR n. 600 del 1973;

- così, va in primo luogo ricordato che detta disposizione normativa non contiene un'elencazione tassativa delle fattispecie di abuso del diritto ma costituisce una norma "aperta" che trova applicazione *"alla stregua del generale principio antielusivo rinvenibile nella Costituzione e nelle indicazioni della raccomandazione n. 2912/772/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"* (cfr. Cass. n. 2224 del 2 febbraio 2021);

- né può essere revocato in dubbio che (cfr. Cass. n. 5644 del 2 marzo 2020, conforme a n. 34595 del 2019) per esservi elusione occorre trattarsi di costruzioni di puro artificio, quanto a dire prive di "sostanza economica", con la conseguenza che *"va escluso il carattere elusivo di un'operazione caratterizzata dalla compresenza, non marginale, di ragioni extrafiscali, le quali non sono necessariamente identificabili in una redditività immediata dell'atto posto in essere ma possono consistere anche in ragioni di natura organizzativa implicanti un miglioramento strutturale e*



funzionale del contribuente: ne consegue che la prova dell'elusione deve incentrarsi sulle modalità di manipolazione e alterazione funzionale degli strumenti giuridici utilizzati nonché sulla loro mancata conformità ad una normale logica di mercato”;

- dall'enunciazione di tali riferiti criteri deriva altresì che “per la configurazione di una pratica elusiva, secondo l'ordinamento dell'Unione europea e la giurisprudenza della Corte di Giustizia deve risultare che lo scopo essenziale delle operazioni controverse è conseguire un risparmio di imposta, il quale è sempre illecito quando rappresenti la parte preponderante e comunque prevalente dell'oggetto del contratto e degli accordi nel loro complesso” (cfr. la recente Cass. n. 9135 del 2 aprile 2021), restando invece meramente marginali le ragioni economiche dell'operazione negoziale che, proprio in quanto irrilevanti nel raffronto con la finalità di ottenere un vantaggio fiscale, non valgono a superare il vaglio di elusività;

- e proprio la sentenza appena citata evidenzia la necessaria concomitante sussistenza, nella fattispecie elusiva, di un profilo *oggettivo* (il mancato raggiungimento dell'obiettivo perseguito dalla normativa unionale) e di un profilo *soggettivo* (ravvisabile nella volontà del contribuente, desumibile dall'atto nel suo complesso, di raggiungere solo un risparmio di imposta);

- né può dubitarsi della necessaria concorrenza di entrambi gli elementi, atteso che diversamente non troverebbe giustificazione, nell'impianto normativo di riferimento, la disposizione di cui all'art. 10 bis, comma 4, secondo la quale “*Resta ferma la libertà di scelta del contribuente tra regimi opzionali diversi offerti dalla legge e tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale*”, cosicché resta sanzionabile solo la finalità esclusiva, o assolutamente preponderante, di conseguire un beneficio fiscale indebito e non certo l'opzione di perseguire l'obiettivo finale ed effettivo praticando la strada maggiormente conveniente sul piano del trattamento fiscale;

- facendo corretta applicazione degli enunciati principi di diritto al caso in esame, osserva il Collegio che 1) la ricorrente, odierna appellante, aveva nel 2012 del tutto ragionevolmente, secondo una logica imprenditoriale, deciso di alienare a terzi le partecipazioni vantate in HM-IT, in quanto nell'arco di un quinquennio (2007/2012) dall'acquisto le perdite le avevano comportato immissioni per circa 270 milioni di euro senza alcun risultato positivo o prospettive per il futuro, sì che anche una sola minima applicazione dei normali criteri gestionali non poteva suggerire altro che considerare negativa l'esperienza e cercare di porvi termine; 2) senza dubbio difficile deve essere stato il reperimento di un possibile acquirente/cessionario sulla base della ragione propria dell'investimento, sì che nessun elemento induce a porre in dubbio l'individuazione del gruppo austriaco P^{XXXX} come positiva (e forse persino unica) soluzione al problema, anche perché quest'ultimo per le sue caratteristiche di credibilità non avrebbe certo appannato l'immagine della cedente; 3) non è affatto inattendibile che il contraente austriaco, anche perché gli aveva imposto clausole rigorose riguardanti la stessa libertà di azione dell'acquirente per il periodo successivo alla cessione, abbia preteso quale contropartita di fruire di un capitale (di € 12.500.000) agevolmente gestibile in territorio austriaco e fruibile in quanto collocato all'interno di una apposita società (la NewCo di cui si è detto) soggetta al suo ordinamento nazionale: prova di ciò si trae dalla lettera dell'accordo quadro del gennaio 2013, nel quale è più che significativa la dicitura utilizzata

al riguardo "su richiesta", altro non potendo significare che la pretesa proveniva dal contraente estero P e che, con l'accordo, l'alienante I / vi aveva prestato consenso nel quadro generale dei costi e dei benefici dell'operazione;

- privo di qualsiasi ragionevolezza è, pertanto, l'assunto dell'Ufficio laddove vorrebbe distinguere, ai fini in discussione, tra i termini "richiesta" e "pretesa" per destituire di pregio la posizione assunta da I _____, forse trascurando che nel contesto di contratti intersocietari di questo genere non è di norma rinvenibile un riferimento alle "pretese" dell'una o dell'altra parte, sia perché, se originarie, superate dall'accordo raggiunto sia perché dizione tecnicamente e stilisticamente inappropriata: una richiesta si traduce in pretesa allorquando la parte che la formula accorda alla stessa un'importanza tale da condizionare al relativo accoglimento la propria disponibilità al contratto, ma in sede di stipula è pacifico che del percorso per il raggiungimento dell'accordo sulle singole clausole non venga fatta menzione;

- a ciò si aggiunga che l'appellante si è anche fatta carico di acquisire e allegare un parere tecnico rilasciato da legali specializzati operanti in territorio austriaco, a dimostrazione sia del carattere consuetudinario di operazioni transnazionali quale quella in esame sia della circostanza che la "richiesta o pretesa" del gruppo I _____ era del tutto ragionevole e condivisibile, elementi documentali e logici che si scontrano irrimediabilmente con l'apodittica considerazione degli anteriori Giudici (pag. 3 della sentenza) secondo la quale *"la concatenazione di operazioni che ci occupa potrebbe essere stata imposta di fatto dal venditore per ottenere la deduzione della minusvalenza altrimenti non deducibile ai sensi dell'art. 87 TUIR"*;

- alla stregua di quanto sin qui osservato e riprendendo gli elementi dallo stesso Ufficio indicati a sostegno del proprio operato, deve concludersi che a) quanto all'assenza di sostanza economica, emerge univocamente l'intento di I _____ di procedere alla cessione delle proprie partecipazioni in HM-IT perché produttive solo di gravissime perdite, sì che una difforme opzione imprenditoriale sarebbe stata in buona sostanza incomprensibile; a ciò si aggiunga la necessità di reperire un acquirente con caratteristiche idonee a non incidere sulla immagine stessa di I _____, in una logica di persistente sua credibilità sul mercato; b) quanto alla realizzazione del vantaggio fiscale, benché prodottosi, è da escludere che sia stato indebito perché, invece, mero frutto dell'attuazione delle condizioni contrattuali pattuite con il gruppo austriaco F _____ all'esito di una condivisa opera di bilanciamento tra i rispettivi interessi dei due gruppi contraenti; c) quanto all'essenzialità del beneficio fiscale nella determinazione della volontà all'operazione, deve stimarsi adeguatamente provato che il vantaggio in parola è stato effetto diretto ma secondario della cessione e certo non il fine della stessa, dovendosi solo ancora aggiungere, per quanto possa occorrere, che è persino razionalmente difficile ipotizzare un raffronto tra il beneficio fiscale (una minusvalenza deducibile, la cui importanza va peraltro necessariamente parametrata alla consistenza, anche reddituale, della società che deduce) e il vantaggio gestionale e imprenditoriale perseguito attraverso l'operazione contestata: infatti, a fronte di un *trend* di costante perdita annuale di circa 30 milioni di euro può stimarsi pacifico che l'interesse di I _____ fosse quello di cedere le partecipazioni e certamente non quello, prevalente, di precostituirsi le condizioni per dedurre la minusvalenza; a ciò si aggiunga che

la pretesa/riciesta di I ..., ove non accolta dal cedente, avrebbe potuto porre a rischio l'intera operazione, il buon esito della quale non poteva non essere l'obiettivo economico essenziale perseguito da I ...;

- stima, dunque, la Commissione che gli anteriori giudici non abbiano fatto buon governo delle risultanze processuali in rapporto alla normativa fondante l'oggetto del contendere, sì che l'impugnata sentenza dovrà essere riformata nel merito, reputandosi nella finale statuizione assorbiti tutti gli ulteriori motivi di doglianza proposti dall'appellante;

- alla soccombenza dell'Ufficio consegua la condanna a rifondere la società contribuente delle spese del doppio grado, liquidate d'ufficio in complessivi € 12.500,00= per il primo e in € 14.300,00= per il secondo, oltre ai corrispondenti e proporzionali oneri accessori nella percentuale di legge.

P. Q. M.

La Commissione Tributaria Regionale di Milano,

in riforma dell'impugnata sentenza n. 5411/2019 resa in data 4 - 11 dicembre 2019,

accoglie l'originario ricorso della società contribuente e, per l'effetto, annulla l'avviso di accertamento di cui è causa;

condanna l'Ufficio a rifondere l'appellante delle spese processuali, liquidate per il doppio grado in complessivi € 26.800,00= oltre accessori di legge.

Così deciso in Milano, in camera di consiglio, il 10 maggio 2021.

Il presidente rel. est.

dot. G. Servetti

