



REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA COMMISSIONE TRIBUTARIA REGIONALE  
DI ROMA SEZIONE 14

riunita con l'intervento dei Signori:

<input type="checkbox"/>	AMODIO	ALBERTO	Presidente
<input type="checkbox"/>	SCIPIONI	CRISTINA	Relatore
<input type="checkbox"/>	CIANCIO	MARIO ROSARIO	Giudice
<input type="checkbox"/>			
<input type="checkbox"/>			
<input type="checkbox"/>			
<input type="checkbox"/>			

ha emesso la seguente

SENTENZA

- sull'appello n. 2227/2015  
depositato il 08/04/2015

- avverso la sentenza n. 17603/2014 Sez:6 emessa dalla Commissione Tributaria Provinciale  
di ROMA  
contro:  
AG. ENTRATE DIREZIONE PROVINCIALE ROMA 1

proposto dagli appellanti:

**difeso da:**  
FRANSONI AVV. GUGLIELMO  
VIA CRESCENZIO 2 00100 ROMA RM

**difeso da:**  
PADOVANI FRANCESCO  
C/ STUDIO FRANSONI  
VIA CRESCENZIO 2 00100 ROMA RM

**difeso da:**  
RUSSO PASQUALE  
C/ STUDIO FRANSONI  
VIA CRESCENZIO 2 00100 ROMA RM

**difeso da:**  
SURACI ROSSELLA  
C/ STUDIO FRANSONI  
VIA CRESCENZIO 2 00100 ROMA RM

[www.commercialistatelematico.com](http://www.commercialistatelematico.com)

pag. 1 (continua)

SEZIONE

N° 14

REG.GENERALE

N° 2227/2015

UDIENZA DEL

23/02/2016 ore 09:30

N°

1658/16

PRONUNCIATA IL:

23 FEB. 2016

DEPOSITATA IN  
SEGRETARIA IL

31 MAR. 2016

Il Segretario

*Dose*



R.G.A. N. 2227/15

## FATTO E DIRITTO

Con atto depositato in data 8/4/2015, il contribuente (già ), proponeva appello avverso la sentenza della Commissione Tributaria Provinciale di Roma, con la quale quest'ultima aveva rigettato il ricorso avverso gli avvisi di accertamento n.TK3035205174 avente ad oggetto IRAP anno 2005 e n. TK3085205171 avente ad oggetto IRES ed altro, anno 2005.

Dopo aver illustrato dettagliatamente nell'atto di appello alcune operazioni di investimento effettuate dalla società nel 2005, l'appellante faceva rilevare come le stesse avessero formato oggetto di verifica da parte della Direzione Regionale delle Entrate Ufficio Antifrode, conclusasi con la notifica del processo verbale di constatazione. I verificatori, per l'anno di imposta 2005, erano giunti alla conclusione che i due contratti stipulati dalla società, quello di STOCK LENDING e quello di REVERSE CONVERTIBLE BOND, fossero simulati e posti in essere al fine di dissimulare un diverso accordo teso ad occultare materia imponibile. Nel particolare, con l'avviso TK3035205174 l'Ufficio aveva accertato un maggior imponibile ai fine IRES, liquidando una maggior imposta per € 1.350.901,00 ed irrogando sanzioni per € 958.029,00; con l'avviso di accertamento n. TK3085205171 l'Ufficio aveva provveduto a rideterminare il valore della produzione lorda, dichiarato dalla Società per l'anno di imposta 2005, richiedendo una maggior IRAP per € 80.027,00 e sanzioni per € 80.027,00.

All'esito non positivo del procedimento di accertamento con adesione, instaurato dalla società, l'appellante presentava due ricorsi avverso gli avvisi di accertamento, poi riuniti, confutando la tesi dell'Ufficio circa la pretesa natura simulata dei contratti di STOCK LENDING e di REVERSE CONVERTIBLE BOND, osservando che dalla documentazione prodotta le operazioni in questione avevano trovato effettiva esecuzione; gli investimenti controversi erano tutti sorretti da valide ragioni extra fiscali (specificatamente indicate nell'appello). Rilevava altresì che il fondamento del recupero a tassazione disposto dall'Ufficio per il tramite degli atti controversi era da rinvenirsi: **“non tanto nella nozione di simulazione quanto piuttosto nella pretesa natura elusa delle operazioni di investimento di cui si discute. L'ufficio più volte aveva fatto riferimento alla mancanza di ragioni economiche diverse da quelle volte al fraudolento risparmio fiscale”**. Quindi, secondo il contribuente, l'Ufficio avrebbe usato impropriamente la

[www.commercialistatelematico.com](http://www.commercialistatelematico.com)

1

8



nozione di simulazione laddove in realtà aveva fondato il disconoscimento degli effetti fiscali dei contratti sopra citati sulla loro pretesa natura elusiva, ovvero, sul presupposto che fossero stati posti in essere dalla società all'unico scopo di ottenere un indebito vantaggio fiscale, in assenza di ragioni economiche valide, ai sensi dell'art 37 bis D.P.R. 600/73. Ed ancora la società ricorrente denunciava l'infondatezza nel merito dei recuperi a tassazione disposti con gli avvisi impugnati, elencando i motivi nelle lettere a) e b) dell'appello.

Tuttavia, entrambi i ricorsi riuniti venivano rigettati dalla Commissione Tributaria con la sentenza impugnata, fondata su delle motivazioni erronee per i seguenti motivi: 1) non era possibile sostenere che i negozi in esame fossero, al tempo stesso, simulati in via assoluta, nulli perchè privi di causa, nulli per frode alla legge. Il negozio simulato in via assoluta non produce effetti tra le parti con la logica conseguenza come lo stesso sia il contrario della nullità che invece è il disconoscimento della volontà delle parti; la nullità del contratto per carenza di causa (art 1418 comma 2 c.c.) si configura nel caso in cui vi sia un difetto strutturale del negozio che è privo dell'elemento costitutivo di cui all'art 1325 n 2 c.c., ossia della sua funzione economica sociale; la nullità del contratto per frode alla legge è un contratto illecito per illiceità della causa (le parti vogliono un contratto al fine di realizzare un risultato vietato dalla norma imperativa). Ne discende che o la causa del negozio non esiste e quindi è nullo per difetto di un elemento costitutivo o esiste ed è illecita perchè vi è un intento di aggirare una norma imperativa; 2) entrambe le operazioni di investimento in esame erano state effettivamente volute e poste in essere dalle parti, come dimostrato dalla copiosa documentazione allegata e prodotta, tanto è che le operazioni *de quibus* avevano prodotto in favore della società appellante un rendimento nella misura del 77% su base annua nel caso di SLA, e del 1,56% nel caso del RCB; altrettanto erronea era l'affermazione che trattavasi di contratti privi di causa, in quanto il SLA e il RCB costituivano operazioni diffuse nel mercato internazionale e quindi non erano prive di una funzione economica lecita; né erano contratti nulli perchè in frode alla legge, in quanto l'art 37 bis D.P.R. 600/73 non è norma imperativa, non postulando un divieto, ma prevedendo una clausola semi generale antielusiva in ambito fiscale; 3) l'affermazione contenuta nella sentenza impugnata, secondo la quale la ricorrente non avrebbe dovuto portare in deduzione dal reddito di esercizio il costo sostenuto per l'acquisto del diritto di usufrutto o di altro analogo diritto non poteva essere ritenuta corretta, in quanto era fondata sulla errata qualificazione dello STOCK LENDING AGREEMENT in termini di negozio costitutivo di un diritto di usufrutto sulle azioni di . In tale modo, i giudici di prime cure andavano a qualificare il contratto di prestiti di titoli come un contratto di usufrutto,





accedendo ad una qualificazione del citato contratto quale simulazione relativa, contraddicendo quanto sopra sostenuto. In realtà, non esistendo alcuna costituzione di diritto di usufrutto nello STOCK LENDING AGREEMENT non poteva trovare applicazione l'art 109, comma 8, del TUIR. Inoltre, non si comprendeva come fosse ravvisabile il diritto di usufrutto anche in riferimento alla fattispecie del RCB ; 4) non corrispondeva al vero che l'appellante non avesse contestato in primo grado le risultanze oggettive sulle quali si fondava la pretesa erariale in merito all'IRAP ( cfr. pagg 16.21 degli atti introduttivi). Infine, l'appellante evidenziava come i giudici di prime cure avessero errato anche nel richiamare l'art 37 bis D.P.R. 600/73, in quanto l'applicabilità di detta norma non era rilevabile ex officio e qualora l'Amministrazione l'avesse voluta contestare gli avvisi di accertamento sarebbero dovuti essere, a pena di nullità, preceduti dall'instaurazione di un contraddittorio. Né detti contratti erano stati realizzati in violazione del principio generale di divieto di abuso del diritto.

Si costituiva l'Ufficio facendo rilevare, quanto all'operazione STOCK LENDING AGREEMENT, come l'appellante avesse, da un lato, evitato di assoggettare a tassazione il 95% di € 1.526.322,00 (importo che rappresenta i proventi da partecipazioni in altre imprese), dall'altro avesse interamente dedotto i costi per € 1.501.322,00 ( costituenti la commissione legata all'operazione finanziaria di prestito titoli). Stesse modalità per l'altra operazione RCB. Venivano riportati le parti salienti del processo verbale di constatazione da dove era possibile evincere " il carattere fraudolento delle operazioni congeniate e dunque la fondatezza dei recuperi di parte erariale già confermata dai giudici di prime cure".

Ritiene il Collegio che l'appello debba essere accolto.

Orbene occorre premettere, come secondo l'orientamento giurisprudenziale condiviso da questi Giudici, " *l'amministrazione finanziaria qualora faccia valere la simulazione assoluta o relativa di un contratto stipulato dal contribuente, ai fini della regolare applicazione delle imposte, non è dispensata dall'onere della relativa prova, la quale, tenuto conto della qualità di terzo dell'Amministrazione, può essere offerta con qualsiasi mezzo, e quindi anche mediante presunzioni. Incidendo l'accordo simulatorio sulla volontà stessa dei contraenti, detta prova non può rimanere circoscritta ad elementi di rilevanza meramente oggettiva, ma deve necessariamente proiettarsi anche su dati idonei a disvelare convincentemente i profili negoziali di carattere soggettivo, riflettentisi sugli scopi perseguiti in concreto dalle parti*" ( cfr. Cass Sez. Tributaria, sen. 1568 del 2/12/2013 dep. il 27/1/2014).


[www.commercielistatelematico.com](http://www.commercielistatelematico.com)

3



Si ritiene che detta prova non sia stata fornita dall'Ufficio e che non abbia neppure formato oggetto di motivazione da parte dei giudici di prime cure, anche a fronte di quanto, invece, addotto dal contribuente.

In primo luogo, deve evidenziarsi che in entrambi gli avvisi di accertamento, impugnati dalla appellante, l'Ufficio concludeva che, alla luce anche di quanto più diffusamente e ampiamente argomentato nel P.V.C., che come detto costituisce parte integrante del presente atto, si recuperavano a tassazione, a fini IRAP ( e IRES nel secondo avviso), gli importi sotto indicati per la sottoscrizione dei: **“contratti, simulati in via assoluta e da ritenersi nulli in quanto conclusi in frode alla legge poiché privi di una ragione diversa dall'illecito e fraudolento risparmio fiscale, ed in ogni caso quale costo sostenuto per l'acquisto di diritto analogo al diritto di usufrutto ed indebitamente dedotto in violazione degli artt 89 e 109 del DPR 917/1986 e dell'art 1 del DPR 600/1973”**.

Ne discende che quanto rilevato dall'appellante, circa la contraddittorietà delle sopra descritte motivazione, recepite dai giudici di primo grado, appare fondato, in quanto i contratti di SLA e di RCB non possono ritenersi, al tempo stesso, simulati in via assoluta e nulli, trattandosi di istituti civilistici ben distinti tra loro. Invero, o le parti del contratto non vogliono gli effetti del negozio stipulato ( contratto simulato) oppure vogliono degli effetti vietati da una norma imperativa ( contratto nullo). Ed ancora se un negozio è ritenuto privo di causa ( quindi nullo per mancanza di un elemento costitutivo dello stesso) non può essere contemporaneamente ritenuto nullo per frode alla legge ( ovvero per una causa che esiste ed è illecita poiché è finalizzata ad eludere c/o ad aggirare una norma imperativa). Che i due contratti in esame fossero poi simulati per le motivazioni indicate nella sentenza impugnata è smentito da quanto dimostrato dalla società appellante, avendo le due citate operazioni effettivamente procurato dei rendimenti per la  ( pari al 77% su base annua nel caso di SLA e dell'1,56% su base annua nel caso di RCB). Né i predetti contratti potevano dirsi privi di causa, essendo operazioni lecite previste e praticate nel mercato internazionale, considerati dalla giurisprudenza contratti leciti.( cfr. sul punto sentenze di merito tra cui anche CT Prov Milano del 4/7/2011 n.154, CTP Roma Sez. 36 n.291/36 del 6/11/2014).

Ancora i contratti *de quibus* non potevano essere ritenuti nulli perchè conclusi in frode alla legge ( finalizzati all'illecito e fraudolento risparmio fiscale) ovvero in violazione dell' art 37 bis DPR 600/73. In verità detto articolo ( abrogato con il Dlvo 128/2015) non conteneva una norma imperativa, ma una clausola antielusiva in ambito fiscale.



Infine, non può condividersi neppure la qualificazione dei contratti citati come relativamente simulati, ossia come contratti di usufrutto. Infatti, in relazione al contratto di SLA correttamente l'appellante ha posto in evidenza come sulla base della sua stessa denominazione "lending" (prestito) il predetto avesse ad oggetto un prestito a breve termine di titoli azionari, ossia, un mutuo di titoli per il tramite del quale la mutuante i era obbligata nei confronti della a votare in sede di approvazione del bilancio di esercizio della e, per l'integrale distribuzione degli utili che quest'ultima avesse rilevato. Ma una volta estinto il prestito la mutuante avrebbe riacquisito anche i diritti economici legati alle azioni ( cfr. art 4 del contratto di SLA). In assenza, quindi, di costituzione di un diritto di usufrutto non era invocabile, nel caso di specie, l' art 109 TUIR. Invece, in riferimento al contratto di RCB, difettava proprio la motivazione nella sentenza di primo grado circa la presunta esistenza di un diritto di usufrutto, contestato dall'appellante sulla base della descrizione delle modalità operative del citato contratto.

Infine, si evidenzia come effettivamente l'Ufficio non abbia ritenuto possibile riferire i contratti controversi alle figure dell' elusione e dell'abuso di diritto in materia tributaria. Infatti, nello stesso P.V.C. , precisamente a pag 41, si escludeva esplicitamente che, nel caso in esame, potessero essere richiamate le categorie dell'elusione fiscale e dell'abuso di diritto, dovendosi invece rilevarsi " la assoluta fittizietà e simulatorietà di quanto stipulato dalla parte".

Ne discende, quindi, che non poteva ritenersi invocabile nella sentenza di primo grado l'art 37 bis D.P.R. 600/73, ( oggi abrogato dall'art 2 Dlvo 128/2015), in quanto non era stata osservata la relativa procedura che prevedeva, a pena di nullità, che l'emissione degli avvisi di accertamento fossero preceduti dall'instaurazione di un contraddittorio preventivo con il contribuente ( contraddittorio mai instauratosi). Né l'applicabilità di detto articolo era rilevabile di ufficio ( cfr. sul punto Cass. Sez. 5 n.24024 del 25/11/2015).

La particolare ed eccezionale complessità delle materie trattate, non univocamente interpretate, consentono la compensazione delle spese di lite di entrambi i gradi di giudizio.

**P.Q.M.**

Accoglie l'appello della società. Spese compensate.

Così deciso in Roma, il 23/2/2016.

Il Giudice estensore

Dott.ssa Cristina Scipioni

Il Presidente

Dott Alberto Amodio

[www.commercialistatelematico.com](http://www.commercialistatelematico.com)