



Civile Sent. Sez. 5 Num. 16675 Anno 2016

Presidente: BIELLI STEFANO

Relatore: VELLA PAOLA

Data pubblicazione: 09/08/2016

**SENTENZA**

sul ricorso 19687-2014 proposto da:

FINGIOCHI SPA in persona del legale rappresentante  
pro tempore elettivamente domiciliato in ROMA, VIA  
SICILIA 66, presso lo studio dell'avvocato AUGUSTO  
FANTOZZI, che lo rappresenta e difende unitamente  
all'avvocato FRANCESCO GIULIANI giusta delega in  
calce;

2016

20

- *ricorrente* -

**contro**

AGENZIA DELLE ENTRATE in persona del Direttore pro  
tempore, elettivamente domiciliato in ROMA VIA DEI  
PORTOGHESI 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO



STATO, che lo rappresenta e difende;

- *controricorrente* -

avverso la sentenza n. 2590/2014 della COMM.TRIB.REG.  
~~di MILANO~~ **della LOMBARDIA**, depositata il 19/05/2014;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica  
udienza del 11/01/2016 dal Consigliere Dott. PAOLA  
VELLA;

udito per il ricorrente l'Avvocato GIULIANI che ha  
chiesto l'accoglimento;

udito per il controricorrente l'Avvocato GENTILI che  
ha chiesto il rigetto;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore  
Generale Dott. RITA SANLORENZO che ha concluso per  
l'accoglimento del ricorso.



## RITENUTO IN FATTO

A seguito di verifica fiscale sostanziale a carico della società Felofin s.p.a., culminata nel p.v.c. del 15.10.2008, la G.d.F. di Varese - Nucleo Polizia Tributaria, segnalava all'Agenzia delle entrate il coinvolgimento della società Fingiochi s.p.a. in una operazione di cessione di partecipazioni che avrebbe consentito a tale contribuente un'indebita sottrazione di materia imponibile.

In particolare, la Fingiochi s.p.a., socio di maggioranza (al 53,41%) della Giochi Preziosi s.p.a. (di seguito, *breviter*, "GP"), d'intesa con i soci di minoranza Felofin s.p.a. (34,12%), Valtidone s.p.a. (6,50%), Kartell s.a. (4,02%) e Kartell Ltd (1,95%) aveva individuato un fondo di *private equity* gestito dalla "3i SGR s.p.a." (di seguito, *breviter*, "3i"), disposta a realizzare un'operazione di leveraged buy-out consistente nell'acquisto, tramite la *newco* "Ludica s.p.a.", dell'intero capitale sociale della partecipata Giochi Preziosi s.p.a. (cd. società *target*), che versava in situazione di difficoltà finanziaria, ad un prezzo identico per ogni azione acquistata, a prescindere se dai soci di minoranza o di maggioranza, come da prassi per i fondi di *private equity*.

Per questa ragione, con parallelo "accordo interno di aggiustamento del prezzo" del 14.7.2005, tutti i soci rinunciavano reciprocamente all'esercizio del diritto di prelazione previsto nello statuto ed i soci di minoranza si riconoscevano debitori nei confronti della Fingiochi di un valore pari ad euro 13.500.00,00, in correlazione - tra l'altro - al fatto che il prezzo offerto dalla acquirente "3i SGR s.p.a." era stato determinato "tenendo conto anche di un premio di maggioranza in considerazione della parallela operazione di Fingiochi con 3i".

Tale operazione veniva appunto ritenuta operazione elusiva ai sensi dell'art. 37-bis, d.P.R. n. 600/73, in quanto mascherante il versamento di un "corrispettivo per la prestazione di servizi consistita nel "permettere di fare", ossia nella rinuncia di Fingiochi ad esercitare il proprio diritto di prelazione sulle azioni oggetto di cessione".

Mentre la C.T.P. di Milano aveva accolto i ricorsi proposti dalla contribuente avverso i due avvisi conseguentemente emessi - ai fini IVA (per quanto qui ne occupa), oltre che ai fini Ires ed Irap, relativamente all'anno di imposta 2005 - la C.T.R. della Lombardia accoglieva invece l'appello dell'Ufficio ed aderiva alla ricostruzione dell'amministrazione finanziaria, ritenendo che il suddetto corrispettivo "avrebbe dovuto essere fatturato da Fingiochi ai tre soci di minoranza, quale ricavo imponibile ex art. 85 TUIR".

Per la cassazione della sentenza d'appello n. 2590, depositata il 19.5.2014 e non notificata, la FINGIOCHI s.p.a. ha proposto ricorso notificato in data 31/7-4/8/2014, affidato a tre motivi, corredato da memorie ex art. 378 c.p.c.

ud. 11 gennaio 2016

19687/14 N.R.G.



L'Agenzia delle entrate ha resistito con controricorso, notificato il 27.10.2014.

## CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Con il primo motivo di ricorso si deduce la «Nullità della sentenza, in relazione agli artt. 24 e 111, comma 6 Cost., 132, comma II, n. 4 c.p.c., 118 disp. att. c.p.c. e 36, comma 2, n. 4 del d.lgs. n. 546/1992, per vizio di motivazione apparente (art. 360, c. I, n. 4, c.p.c.)», per avere a C.T.R.: richiamato genericamente i principi in materia di operazioni elusive/abusive; copiato letteralmente quanto sostenuto dall'Ufficio nel suo appello; tentato di giustificare l'adesione "supina" alla tesi erariale attraverso l'esame dell'accordo *inter partes* del 14.7.2005, senza però trarre "le dovute logiche conseguenze dall'interpretazione dell'accordo medesimo, come dalla stessa fornita"; confermato la pretesa impositiva con un generico ed in conferente richiamo alla nozione di ricavo imponibile ex art. 85 T.U.I.R., trascurando invece la disciplina dell'Iva e dell'Ires.

1.1. Il motivo è infondato, poiché dalla sua semplice lettura emerge chiaramente, stanti i molteplici profili di contestazione del tessuto argomentativo della sentenza impugnata, che non si è al cospetto di una motivazione inesistente in quanto meramente apparente, bensì di una motivazione non condivisa e ritenuta viziata sotto plurimi aspetti, senza che però risulti integrato il radicale vizio di nullità, invocato da parte ricorrente.

2. Con il secondo mezzo si deduce la «Violazione e falsa applicazione: a) degli artt. 1322, 1325, 1362, 1363 e 1375 c.c.; b) degli artt. 3 e 53 Cost., dell'art. 37-bis del d.p.r. n. 600/73 e dei principi comunitari e interni in materia di abuso del diritto; c) degli artt. 85, 86 e 87 del t.u.i.r., dell'art. 5 del d.lgs. n. 446/97 e dell'art. 2425 c.c. (art. 360, c. I, n. 3 c.p.c.)».

2.1. Il motivo è fondato.

2.2. Merita considerazione, in primo luogo, la doglianza relativa al sovvertimento dei criteri soggettivi di interpretazione letterale e sistematica dell'accordo sottoscritto in data 14.7.2005, poiché, sebbene il tenore inequivocabile del relativo art. 3 ponesse chiaramente come unica condizione sospensiva dell'operazione (segnatamente della retrocessione parziale del prezzo dalle tre Proponenti a Fingiochi, ai sensi dell'art. 2) la "conclusione del contratto per la compravendita da parte di 3i di tutte le azioni detenute dai Proponenti in GP entro il 15 luglio 2005" e "l'avvenuto pagamento dell'intero prezzo di tali azioni da parte di 3i ai Proponenti" – prezzo espressamente "determinato tenendo conto anche di un premio di maggioranza in considerazione della parallela operazione di Fingiochi con 3i, sebbene la partecipazione dei Proponenti sia una partecipazione di minoranza" – tuttavia la C.T.R., forzando il dato

ud. 11 gennaio 2016

19587/14 N.R.G.



letterale (e con esso l'autonomia negoziale che lo sottende), ha attribuito a parte della pattuizione aggiuntiva di cui all'art. 4 - per cui "le parti rinunciano altresì reciprocamente all'esercizio del diritto di prelazione previsto a favore di ciascuna nello statuto sociale di GP in relazione alla cessione delle rispettive partecipazioni in GP a 3i" - un rilievo causale preminente di ulteriore condizione dell'accordo medesimo (piuttosto che di semplice strumento attuativo, dovendo anche Fingiochi cedere al Fondo 3i SGR la propria partecipazione in GP), affermando che "le somme corrisposte dai tre soci di minoranza a Fingiochi, determinate in base ad un accordo interno in cui 3iSgr non è intervenuta, rappresentano il corrispettivo per la prestazione di servizi consistita nel "permettere di fare", ossia nella rinuncia di Fingiochi ad esercitare il proprio diritto di prelazione sulle azioni oggetto di cessione", quando invece - come visto testualmente - la rinuncia al diritto di prelazione era reciproca fra tutte le parti.

2.3. Fondata appare anche la censura circa la mancanza di un nesso tra la suddetta ricostruzione della vicenda negoziale e l'asserita natura abusiva dell'operazione, con conseguente vizio di sussunzione della fattispecie concreta nel paradigma astratto di cui all'art. 37-bis, d.P.R. n. 600/73, mancando il giudice d'appello di evidenziare il supposto difetto di una valida ragione economica e la contestuale emersione dell'intento di ottenere un indebito vantaggio fiscale, ossia il fondamento stesso delle operazioni di carattere elusivo, sulla scorta del pacifico formante giurisprudenziale di questa Corte, in base al quale "è ravvisabile elusione nell'operazione economica che abbia quale suo elemento predominante ed assorbente lo scopo di eludere il fisco, sicchè il divieto di siffatte operazioni non opera qualora esse possano spiegarsi altrimenti che con il mero intento di conseguire un risparmio di imposta, fermo restando che incombe sull'Amministrazione finanziaria la prova sia del disegno elusivo che delle modalità di manipolazione e di alterazione degli schemi negoziali classici, considerati come irragionevoli in una normale logica di mercato e perseguiti solo per pervenire a quel risultato fiscale" (*ex plurimis*, Cass. 4603/14 e 21390/12; da ultimo, Cass. 10458/16).

2.4. Allo stesso modo il giudice d'appello, dopo aver correttamente richiamato in premessa alcuni principi generali in tema di "comportamento abusivo", omette poi di individuarne i tratti caratterizzanti nella vicenda concreta. Al riguardo invece, come di recente ribadito da questa Corte (Cass. n. 5155/16), il comportamento abusivo è stato circoscritto a "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

ud. 11 gennaio 2016

19687/14 N.R.G.

f



altrimenti che con il mero conseguimento di risparmi d'imposta (Cass. 25972/14, p. 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. 1465/09) 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. 20029/10). Dunque, 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. un., 30055/08 e 30057/08; 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. 21390/12, p.3.2) e si deve indagare se vi sia reale fungibilità con le soluzioni eventualmente prospettate dal fisco (Cass. 4604/14)".

2.5. Del tutto in linea con questa impostazione risultano tanto la Raccomandazione 2012/772/ UE (specie con riguardo alla necessità di una "sostanza economica"), quanto il più recente legislatore nazionale (L. 11 marzo 2014, n. 23, art. 5) che, nel delegare al Governo l'attuazione della disciplina dell'abuso del diritto e dell'elusione fiscale, coordinandola con la citata raccomandazione dell'UE, indica, tra l'altro, i seguenti principi e i criteri direttivi: "definire la condotta abusiva come uso distorto di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio d'imposta" (cfr. Cass., s.u. 30055/08 e 30057/08); "garantire la libertà di scelta del contribuente tra diverse operazioni comportanti anche un diverso carico fiscale"; "considerare lo scopo di ottenere indebiti vantaggi fiscali come causa prevalente dell'operazione abusiva"; "escludere la configurabilità di una condotta abusiva se l'operazione o la serie di operazioni è giustificata da ragioni extrafiscali non marginali" (v. Cass. 8772/08 e 10257/08); "stabilire che costituiscono ragioni extrafiscali anche quelle che non producono necessariamente una redditività immediata dell'operazione" (v. Cass. 21390/12), "ma rispondono ad esigenze di natura organizzativa e determinano un miglioramento strutturale e funzionale dell'azienda del contribuente" (v. Cass. 4604/14 e 1372/11).

2.6. Ed in tal senso il nuovo art. 10-bis della L. n 212/00 – che pur non essendo applicabile *ratione temporis* (v. D.Lgs. n. 128 del 2015, art. 1, comma 5) rappresenta indubbiamente un termine interpretativo di riferimento, sia pure

ud. 11 gennaio 2016

19697/14 N.R.G.

*h*



in chiave evolutiva – stabilisce che "configurano abuso del diritto una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti" (comma 1) e che "si considerano: a) operazioni prive di sostanza economica i fatti, gli atti e i contratti, anche tra loro collegati, inidonei a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali... b) vantaggi fiscali indebiti i benefici, anche non immediati, realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario", precisando che "sono indici di mancanza di sostanza economica, in particolare, la non coerenza della qualificazione delle singole operazioni con il fondamento giuridico del loro insieme e la non conformità dell'utilizzo degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato" (comma 2); per poi chiarire che, "ferma la libertà di scelta del contribuente tra regimi opzionali diversi offerti dalla legge e tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale" (comma 4), "non si considerano abusive, in ogni caso, le operazioni giustificate da valide ragioni extrafiscali, non marginali, anche di ordine organizzativo o gestionale, che rispondono a finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa ovvero dell'attività professionale del contribuente" (comma 3).

2.7. Nel caso di specie, alla carente declinazione concreta della fattispecie elusiva o abusiva, da parte del giudice d'appello, si affianca una congrua indicazione, da parte del contribuente, delle "valide ragioni economiche dell'accordo del 14 luglio 2005", caratterizzato dal fatto che, "per regola economica, una partecipazione di maggioranza ha un valore più che proporzionale rispetto alla partecipazione di minoranza, e tale maggiore valore è comunemente denominato premio di maggioranza", sicché "l'assunzione dell'obbligazione di cui è causa dai tre soci di minoranza a favore di Fingiochi ... persegue un preciso e fondamentale scopo economico-finanziario: riallineare internamente (ossia tra le parti venditrici) i prezzi di cessione delle diverse partecipazioni in GP dai rispettivi valori normali ex artt. 9 del t.u.i.r. e 14 del d.p.r. 633/1972, retrocedendo legittimamente, congruamente e coerentemente al socio di maggioranza il premio di maggioranza, che altrimenti sarebbe stato percepito indebitamente (sotto il profilo economico) dai soci di minoranza".

2.8. Anche sotto il profilo dell'indebito vantaggio fiscale, il contribuente ha sottolineato, in linea con le affermazioni dell'Ufficio (v. pag. 48 del ricorso), che "l'operazione economica alternativa a quella concretamente realizzata sarebbe stata costituita dal riconoscimento diretto da parte del Fondo 3i SGR (anziché indiretto, mediante accordo interno tra i venditori) del premio di maggioranza spettante a Fingiochi in base ai principi economici, diversificando conseguentemente il prezzo delle azioni di GP in ragione dell'entità delle

*b*



partecipazioni cedute”, ed in tal caso “la Fingiochi avrebbe sì realizzato una plusvalenza più elevata, ma questa sarebbe comunque stata esente ai fini Ires ex art. 87 del t.u.i.r. (nel testo all’epoca in vigore), non imponibile ai fini Irap ex art. 5 del d.lgs. n. 446/1997 ed esente ai fini Iva ex art. 10, comma 1, n. 4) del d.p.r. n. 633/1972” – trattandosi di operazioni relative ad “azioni” inquadrare come “immobilizzazioni finanziarie” munite di specifici requisiti (v. pag. 51 del ricorso) – sicché il carico fiscale dell’operazioni sarebbe stato identico, senza potersi ipotizzare alcun vantaggio fiscale.

2.9. Di qui anche la censura dell’ultima affermazione della C.T.R., per cui il corrispettivo in questione “avrebbe dovuto essere fatturato da Fingiochi ai tre soci di minoranza, quale ricavo imponibile ex art. 85 Tuir”, dal momento che quest’ultima disposizione annovera tra i ricavi imponibili, alla lett. c), “i corrispettivi delle cessioni di azioni o quote di partecipazione che non costituiscono immobilizzazioni finanziarie, diverse da quelle cui si applica l’esenzione di cui all’art. 87”, il quale a sua escludeva dalla formazione del reddito imponibile “le plusvalenze realizzate e determinate ai sensi dell’art. 86, commi 1, 2 e 3, relativamente ad azioni”.

3. Le esposte considerazioni superano il terzo motivo, con cui si lamenta «Omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti: il Fondo 3i SGR ha acquistato l’intero capitale sociale di GP a un prezzo unitario (art. 360, c. I, n. 5 c.p.c.)», il cui esame resta assorbito.

4. In conclusione, la sentenza impugnata va cassata e, non risultando necessari ulteriori accertamenti in fatto, la causa può essere decisa nel merito, ai sensi dell’art. 384, comma 2, cod. proc. civ., con l’accoglimento del ricorso originario della società contribuente, cui controparte dovrà rifondere le spese del giudizio di legittimità, liquidate in dispositivo; le peculiarità della vicenda processuale giustificano invece la compensazione delle spese dei gradi di merito.

P.Q.M.

La Corte rigetta il primo motivo di ricorso, accoglie il secondo, assorbito il terzo, cassa la sentenza impugnata e, decidendo nel merito, accoglie l’originario ricorso della contribuente. Condanna l’Agenzia delle entrate alla rifusione delle spese del giudizio di legittimità, liquidate in € 25.000,00 oltre rimborso forfetario ed accessori di legge, con compensazione delle spese dei gradi di merito. Ai sensi dell’art. 13 comma 1 quater del d.P.R. n. 115 del 2002, dà atto della non sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente, dell’ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale, a norma del comma 1-bis dello stesso articolo 13.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio dell’11 gennaio 2016.

Il Consigliere est. \_\_\_\_\_ Il Presidente . M.