

Corte di giustizia tributaria di primo grado Friuli-V. Giulia Udine, Sez. II, Sent., (data ud. 08/02/2023) 06/03/2023, n. 32

IMPOSTE E TASSE IN GENERE › Avviso di accertamento

SOCIETA' › Socio, in genere

Intestazione

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE DI GIUSTIZIA TRIBUTARIA DI PRIMO GRADO DI UDINE

SECONDA SEZIONE

riunita in udienza il 08/02/2023 alle ore 09:00 con la seguente composizione collegiale:

- ZOSO LIANA MARIA TERESA, - Presidente
- FABBRO RENATO, - Relatore
- PSAILA VINCENZO, - Giudice

in data 08/02/2023 ha pronunciato la seguente

SENTENZA

- sul ricorso n. 248/2022 depositato il 09/08/2022

proposto da

(...)

Difeso da

(...) ed elettivamente domiciliato presso (...) contro

Ag. Entrate Direzione Provinciale Udine

elettivamente domiciliato presso dp.udine@pce.agenziaentrate.it

Avente ad oggetto l'impugnazione di:

- AVVISO DI ACCERTAMENTO n. (...) IRPEF-REDDITI DI CAPITALE 2017

a seguito di discussione in pubblica udienza Richieste delle parti: Ricorrente/Appellante:
Resistente/Appellato:

Svolgimento del processo

1) In data 6 giugno 2022, l'Agenzia delle Entrate - Direzione Provinciale di Udine - Ufficio Controlli ha emesso nei confronti di (...) S.p.A. l'avviso di accertamento n. (...) per l'anno 2017, con il quale ha contestato "l'omessa applicazione della ritenuta d'acconto a titolo d'imposta sulle somme liquidate ai soci recedenti" per un ammontare di Euro 919.069,00 sanzioni per Euro 1.011.075,90 e interessi per 131.137,30 per un totale di Euro 2.061.282.

L'Agenzia delle Entrate ha riqualficato l'operazione di "acquisto di azioni proprie", effettuato da S.p.A., in una operazione di "recesso dalla società" da parte delle due socie di minoranza.

Tale impostazione ha comportato, ai fini fiscali, la riqualficazione della plusvalenza incorporata nel

corrispettivo pagato ai soci cedenti, dalla categoria dei "redditi diversi" derivanti dalla cessione di partecipazioni, ai sensi dell'art. 67 del Tuir, a quella dei "redditi di capitale", ex art. 47 comma 7 del Tuir.

Il valore delle azioni cedute era stato precedentemente rivalutato dalle due venditrici con il supporto di apposita perizia giurata e con il pagamento dell'imposta sostitutiva pari all'8% dell'intero valore.

L'Ufficio sostiene che l'operazione realizzata assume sia i tratti tipici dell'evasione fiscale sia la finalità elusiva, poiché l'acquisto di azioni proprie e il loro annullamento nell'anno successivo ha dato origine a redditi di capitale ex art. 47, c.7, perché l'effetto finale è stato la liquidazione ai soci di minoranza di parte del patrimonio netto aziendale e non lo scambio delle azioni sul mercato, con conseguente violazione della ratio perseguita dalla norma sulla rivalutazione delle partecipazioni.

Secondo l'Agenzia delle Entrate, la società ha volutamente anticipato l'uscita dei soci con l'acquisto delle loro azioni prima che sorgesse il loro diritto di recesso, che avrebbe indubbiamente generato redditi di capitale (e non redditi diversi) in capo ai soci uscenti, nonché l'obbligo per la società di operare e versare la ritenuta d'imposta.

L'operazione è, dunque, caratterizzata nel complesso da finalità elusiva, in quanto gli atti ed i negozi realizzati, a partire dalla rivalutazione della partecipazione, sono stati preordinati all'aggiramento delle disposizioni contenute nell'art. 47 c. 7 del D.P.R. n. 917 del 1986 (che disciplina la tassazione delle somme percepite dai soci persone fisiche in caso di recesso) e nell'art. 27 del D.P.R. n. 600 del 1973 (in materia di ritenuta a titolo d'imposta sui dividendi distribuiti).

2) In data 9 agosto 2022, la (...) S.p.A. ha proposto ricorso, sostenendo:

- preliminarmente, la nullità dell'avviso di accertamento perché l'atto emesso dall'Ufficio è contraddittorio, in quanto la motivazione si riferisce contemporaneamente all'abuso del diritto (che riguarda aggiramenti di norme per ottenere indebiti vantaggi fiscali) e all'evasione fiscale che, al contrario, presume la violazione di specifiche norme di legge, con conseguente ingiustificato ostacolo all'esercizio del diritto alla difesa della società.

- nel merito, l'illegittimità dell'avviso di accertamento, perché l'Agenzia delle Entrate applica le disposizioni previste dall'articolo 47 comma 7 del Tuir, in assenza di una causa legale che avrebbe generato il diritto di recesso in capo ai soci di minoranza, i quali avrebbero astrattamente potuto esercitare il diritto 3 anni e mezzo più tardi, ovvero alla scadenza della durata della società.

Evidenza che la società non ha avuto alcun vantaggio fiscale dall'operazione e i soci di minoranza non hanno ricevuto dall'Agenzia alcuna contestazione riguardante la vendita delle loro azioni; - chiede, in via subordinata, la disapplicazione delle sanzioni.

3) In data 19 ottobre 2022, l'Agenzia delle Entrate si è costituita in giudizio con controdeduzioni

4) All'udienza del 8 febbraio 2023, la causa è stata trattenuta in decisione.

Motivi della decisione

1. Osserva la Corte che va esaminato il secondo motivo di ricorso poiché, in applicazione del principio processuale della "ragione più liquida" - desumibile dagli artt. 24 e 111 Cost. - deve ritenersi consentito al giudice esaminare un motivo di merito, suscettibile di assicurare la definizione del giudizio, anche in presenza di una questione pregiudiziale. Ciò in considerazione del fatto che si impone un approccio interpretativo con la verifica delle soluzioni sul piano dell'impatto operativo, piuttosto che su quello della coerenza logico sistematica, ed è consentito sostituire il profilo di evidenza a quello dell'ordine delle questioni da trattare, di cui all'art. 276 cod. proc. civ., in una prospettiva aderente alle esigenze di economia processuale e di celerità del giudizio, costituzionalizzata dall'art. 111 Cost., con la conseguenza che la causa può essere decisa sulla base della questione ritenuta di più agevole soluzione - anche se logicamente subordinata - senza che sia necessario esaminare previamente le altre (Cass. Sez. U, n. 9936 del 08/05/2014; Cass. n. 12002 del 28/05/2014).

2. Ciò premesso, il motivo è fondato.

Ciò in quanto dall'avviso di accertamento e dalla documentazione in atti emerge che:

- prima del decesso del fondatore della società, avvenuto il 28 marzo 2016, le azioni erano detenute dal padre e presidente per il 38% del Capitale Sociale, dai due fratelli e amministratori per il 24,5% ciascuno e il residuo dalle due sorelle non operative per il 6,5% ciascuna;
- la politica, stabilita dal padre e risultante dalle assemblee annuali, era quella di non remunerare l'attività svolta dagli amministratori, ma provvedere ogni anno alla distribuzione di circa il 50% degli utili annuali ai soci in proporzione alle azioni detenute, non tenendo conto, quindi, dell'attività svolta dai soci operativi;
- le azioni del padre sono state assegnate in successione ai figli e di conseguenza la ripartizione del Capitale Sociale era costituita dal 34% per ciascun fratello e dal 16% per ciascuna sorella;
- la mancata presenza del fondatore, l'incremento della partecipazione nel capitale conseguito dalle socie non operative, la politica di non riconoscere un compenso economico agli amministratori, la delibera di diminuire la percentuale di utile da distribuire ai soci, molto inferiore rispetto a quella annualmente decisa dal padre, portarono discussioni all'interno della compagine sociale e la necessità di trovare una soluzione che prevedeva l'uscita totale dalla società delle socie di minoranza, permettendo così anche il definitivo passaggio generazionale;
- in data 20 luglio 2017, le socie di minoranza, dopo aver rivalutato il costo fiscale della partecipazione nella (...) S.p.A. sulla base di una perizia giurata di stima, hanno ceduto la propria quota di partecipazione alla stessa società, che quindi ha acquistato azioni proprie, al prezzo determinato in coerenza con la perizia di Euro 1.850.000 per ciascuna socia;
- le socie venditrici hanno considerato la plusvalenza, incorporata nel corrispettivo pagato alla società, rientrante nella categoria dei "redditi diversi", derivante dalla cessione della partecipazione, ai sensi dell'art. 67 del TUIR. Il valore della cessione, essendo stato rivalutato con il supporto di apposita perizia giurata di stima, come previsto dalla norma agevolativa, con il pagamento dell'imposta sostitutiva pari all'8% sull'intero valore periziato, non ha comportato un ulteriore pagamento di imposta;
- in data 19 luglio 2018, l'assemblea straordinaria della società ha deliberato, oltre alla modifica dello statuto, l'annullamento delle azioni acquistate, mediante riduzione delle riserve disponibili, mantenendo inalterato il valore nominale del capitale sociale.

L'Agenzia delle Entrate, con l'avviso di accertamento, contesta alla società "...di aver "sfruttato a suo vantaggio un "vuoto normativo" (ovvero la mancanza di una specifica norma dell'ordinamento fiscale italiano che disciplini in modo chiaro ed esplicito l'acquisto di azioni proprie) per ottenere un beneficio fiscale, in contrasto con la ratio della norma sulle rivalutazioni della partecipazione"

Secondo l'Agenzia delle Entrate, la società non ha inquadrato l'operazione come una forma di recesso "tipico" di partecipazioni non qualificate, per la quale avrebbe dovuto effettuare la ritenuta a titolo di imposta sulla differenza tra il corrispettivo liquidato per la vendita delle azioni ed il costo fiscale della stessa pari al valore ante rivalutazione, ai sensi dell'art. 47, c. 7 del TUIR e 27, c. 1 del D.P.R. n. 600 del 1973. La società ha, invece, considerato l'operazione quale cessione di partecipazione rivalutata, realizzando così un recesso "atipico", che genera un reddito diverso di cui all'art. 67, c. 1, lett. c) e c-bis del Tuir (capital gain), anche questo determinato come differenza tra il corrispettivo e il costo fiscale, però, in questo caso, precedentemente rivalutato.

Secondo l'Agenzia delle Entrate "l'obiettivo che il legislatore intendeva (e intende) perseguire con l'introduzione dell'art. 5 della L. n. 448 del 2001 (relativa alla rivalutazione agevolata delle partecipazioni) risulta senz'altro quello di incentivare lo scambio delle quote o azioni di mercato".

L'Ufficio sostiene che la ratio della norma agevolativa è stata tradita, in quanto l'acquisto di azioni proprie non era finalizzato alla circolazione sul mercato.

La società sostiene che la legittimità della rivalutazione della partecipazione è stata confermata dal Comitato Consultivo per l'applicazione delle norme antielusive con il Parere 20/10/2003, n. 16 "La rivalutazione delle partecipazioni... effettuata applicando l'art. 5 della L. 28 dicembre 2001 (finanziaria per il 2002) mediante pagamento di una imposta sostitutiva...non può essere giudicata elusiva, in quanto si concreta nell'applicazione di una specifica norma di legge, di carattere agevolativo, per cui il pagamento di un carico tributario inferiore a quello che risulterebbe dall'applicazione del regime ordinario non può essere considerato elusivo".

La Cassazione, inoltre, con Ordinanza del 06/11/2020, n. 24839A ha evidenziato che "le leggi di rivalutazione delle partecipazioni che prevedono il versamento dell'imposta sostitutiva, come quella prevista dalla "L. n. 448 del 2001, ed ex L. n. 289 del 2002 - che ne aveva prorogato i termini con l'art. 2, comma 6 -, in prossimità della cessione, perché era proprio quella disciplina agevolativa, introdotta dal Legislatore evidentemente per esigenze di cassa, a consentire il conseguimento di vantaggi fiscali, sicché, in presenza di operazioni di cessione effettive e non fittizie di un pacchetto azionario, per l'appunto alla s.r.l., non appare chiaro del come e del perché l'accesso a quella opzione fiscale agevolata abbia potuto rappresentare "l'indispensabile presupposto del complessivo meccanismo abusivo, architettato dal R. e teso a nascondere la sua effettiva capacità contributiva".

La Corte di Cassazione afferma, quindi, che la norma agevolativa è stata creata dal Legislatore anche per "esigenze di cassa" e non esclusivamente per la "circolazione delle partecipazioni".

Questa Corte osserva che alle socie di minoranza non è stato notificato alcun avviso di accertamento e neppure una richiesta di documentazione, nonostante avessero provveduto a rivalutare la partecipazione nella (...) S.p.A., ad effettuare il pagamento dell'imposta e ad evidenziare l'operazione nella loro dichiarazione dei redditi.

Inoltre, la Circolare dell'Agenzia del 16/06/2004 n. 26 prevede: "Va ulteriormente precisato al riguardo che l'articolo 47, comma 7, del TUIR fa riferimento al recesso tipico che comporta l'annullamento delle azioni o quote. Qualora, invece, il recesso avvenga con modalità diverse, ossia mediante acquisto da parte degli altri soci proporzionalmente alle loro partecipazioni oppure da parte di un terzo concordemente individuato dai soci medesimi (cfr. art. 2473, comma 4, codice civile), si configura un'ipotesi che va inquadrata più propriamente nell'ambito degli atti produttivi di redditi diversi di natura finanziaria, sempreché si tratti di cessioni a titolo oneroso.....Ne consegue che, anche in tali casi, non si applica la ritenuta di cui ai commi 1 e 4 dell'articolo 27 del D.P.R. n. 600 del 1973.

Nel caso in esame, l'uscita dalla società da parte delle socie di minoranza è avvenuta mediante un atto di cessione delle azioni dietro un corrispettivo, che è un atto "atipico" di recesso, in cui "si configura un'ipotesi che va inquadrata più propriamente nell'ambito degli atti produttivi di redditi diversi di natura finanziaria, sempreché si tratti di cessioni a titolo oneroso"Ne consegue che, anche in tali casi, non si applica la ritenuta di cui ai commi 1 e 4 dell'articolo 27 del D.P.R. n. 600 del 1973".

Diversamente opinando, ovvero assoggettando a tassazione la plusvalenza a ritenuta d'acconto ai sensi dell'art. 27 del Tuir, la plusvalenza verrebbe tassata due volte: una, seppur con agevolazione, quale reddito diverso a carico delle socie venditrici e l'altra sotto forma di ritenuta di imposta a carico della società a titolo di reddito di capitale.

L'operazione in esame è ritenuta elusiva dall'Ufficio, perché finalizzata esclusivamente a conseguire un indebito vantaggio fiscale.

Nell'avviso di accertamento, l'Ufficio, infatti, sostiene "nella descrizione dei fatti posti in essere dalla società.....sono presenti operazioni che rientrano nell'ex art. 37-bis del D.P.R. n. 600 del 1973 ora art. 10-bis della L. n. 212 del 2000 individuabili nell'acquisto di azioni proprie immediatamente

antecedente alla delibera di proroga della scadenza della società, che avrebbe fatto sorgere il diritto di recesso ai soci dissenzienti. La società ha volutamente anticipato l'uscita dei soci mediante l'acquisto di azioni proprie in libera contrattazione tra le parti.....prima del sorgere del relativo diritto di recesso, situazione quest'ultima che avrebbe indubbiamente comportato l'applicazione dell'art. 47, c. 7, del TUIR sui redditi realizzati dai soci uscenti."

Esaminata la documentazione presente in atti, la Corte rileva che dopo il decesso del fondatore della società, avvenuta il 28 marzo del 2016, sono sorti dissidi tra i soci operativi di maggioranza e i soci di minoranza non operativi, i quali, a seguito del cambio della politica societaria, non erano più interessati a rimanere nella società e volevano uscire dalla stessa.

L'istituto del recesso, però, può essere adottato soltanto qualora si verificano le circostanze stabilite dalla legge e dallo statuto; si tratta, infatti, di un atto unilaterale e non di un negozio giuridico bilaterale, come è invece la cessione di partecipazioni.

Lo statuto in vigore della società non consentiva il diritto di recesso; i soci avrebbero potuto esercitare tale diritto ex art. 2437 del c.c., solamente dopo il 31 dicembre 2020, data della scadenza della vita della società.

Prima di tale data, lo strumento ordinario e più utilizzato, previsto dal sistema per risolvere l'uscita dei soci di minoranza dalla società, è la cessione delle azioni.

L'interesse dei soci di maggioranza era quello di chiudere l'operazione al più presto e non attendere il 31 dicembre 2020 (più di 4 anni dal decesso), in quanto in questo periodo si trovavano in una posizione di forza, mentre dopo tale data la determinazione del valore della società e, quindi, del valore della liquidazione dei soci di minoranza, sarebbe stata oggetto di contenzioso e deciso da soggetti terzi (quale l'esperto nominato dal tribunale ex art. 2437-bis), con sottrazione al controllo dei soci di maggioranza.

I soci di maggioranza, non disponendo però della liquidità necessaria per l'acquisto delle azioni, hanno affidato tale incombenza alla società, che ha provveduto all'acquisto di azioni proprie.

L'acquisto di azioni proprie, anche per la società, era preferibile perché, oltre al superamento della conflittualità tra i soci, permetteva l'uscita ad un importo definito e compatibile con i flussi e i valori finanziari futuri dell'azienda, rispetto all'ipotesi del recesso dei soci di minoranza dopo il 31/12/2020 a valori non noti e definiti da altri soggetti, che potevano non essere compatibili con previsioni e a discapito della continuità aziendale.

La Corte evidenzia che il disposto del comma 1, dell'articolo 10-bis della L. n. 212 del 2000, affinché un'operazione possa essere considerata abusiva, prevede che l'Amministrazione finanziaria debba identificare e provare il congiunto verificarsi di tre presupposti costitutivi:

- a) la realizzazione di un vantaggio fiscale "indebito", costituito da "benefici", anche non immediati, realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario;
- b) l'assenza di "sostanza economica" dell'operazione o delle operazioni poste in essere consistenti in fatti, atti e contratti, anche tra loro collegati, inidonei a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali;
- c) l'essenzialità del conseguimento di un "vantaggio fiscale".

L'assenza di uno dei tre presupposti costitutivi dell'abuso determina un giudizio di assenza di abusività.

Con il successivo comma 3, il Legislatore ha chiarito espressamente che non possono comunque considerarsi abusive quelle operazioni che, pur presentando i tre elementi sopra indicati, sono giustificate da valide ragioni extrafiscali non marginali (anche in ordine organizzativo o gestionale che rispondono a finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa o dell'attività

professionale). La società ricorrente ha fornito in atti la documentazione che i soci di minoranza nel periodo, che va dal decesso del fondatore della società al 31/12/2020, data di cessazione della vita della società, non avevano il potere di esercitare il diritto di recesso, ma potevano soltanto negoziare un accordo commerciale con i soci di maggioranza o con la società, che prevedeva la cessione a fronte di un corrispettivo.

Le norme antielusive hanno come finalità principale quella di limitare gli effetti fiscali delle legittime condotte dei privati solo quando l'esercizio della libertà negoziale sia esercitata in modo e con strumenti che, pur formalmente legali, abbiano come effetto un risparmio fiscale che, per le modalità con cui vengono attuate, stravolgano i principi del sistema.

Questa operazione è una operazione ordinaria, che permette ai soci di minoranza di uscire dalla società; non può essere considerata abusiva, né un aggiramento o una fittizia applicazione delle disposizioni normative.

Nel caso in esame, non vi è una scelta tra la cessione di azioni (precedentemente rivalutate) e il recesso dei soci di minoranza, lasciata alla libera disponibilità del contribuente, perché il recesso, come stabilito dall'articolo 4 dello statuto, poteva essere esercitato solo dopo il 31 dicembre 2020.

La scelta della società di acquistare le azioni tre anni prima della scadenza della sua vita, senza attendere il 31 dicembre per generare il diritto di recesso in capo ai soci di minoranza, causando anche lo scioglimento della società al solo fine di consentire al fisco di ricevere maggiori introiti, non può essere considerata abusiva.

Il comportamento della società non è, quindi, né illecito né indebito, in quanto esso deriva non dall'aggiramento o dalla fittizia applicazione di disposizioni normative, ma da una operazione che il legislatore le ha messo a disposizione.

3. La richiesta, in via subordinata, della disapplicazione delle sanzioni è assorbita dato l'accoglimento del motivo di merito.

4. Il ricorso va dunque accolto e le spese processuali, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

La Commissione accoglie il ricorso e condanna l'Agenzia delle Entrate e rifondere alla ricorrente le spese processuali, che liquida in Euro 9.000,00, oltre al rimborso delle spese forfetarie ed agli accessori di legge.

Conclusione

Udine, il 8 febbraio 2023.