



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

Quinta Sezione Civile-Tributaria

3078/21

Oggetto
Irpeg-Irap-
Accertamento art. 37-bis
del d.P.R. 60/73.
Art. 4 del lgs. n. 358 del
1997-badwill

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. Ettore	CIRILLO	Presidente	R. G. N. 589/14
Dott. Roberta	CRUCITTI	Consigliere rel,	Cron 3078
Dott. Pasqualina A.P.	CONDELLO	Consigliere	Rep.
Dott. Riccardo	GUIDA	Consigliere	Ud. 2.12.2020
Dott. Luigi	D'ORAZIO	Consigliere	

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

(omissis) s.p.a. in liquidazione, in amministrazione straordinaria,
in persona dei commissari straordinari e legali rappresentanti *pro*
tempore, elettivamente domiciliata in (omissis)
(omissis) presso lo studio dell'Avv.(..... (omissis) che la
rappresenta e difende, anche disgiuntamente, all'Avv.(..... (omissis)
per procura a margine del ricorso.

-ricorrente-

contro

AGENZIA DELLE ENTRATE, in persona del Direttore *pro tempore*,
elettivamente domiciliata in Roma, via dei Portoghesi n.12 presso
gli uffici dell'Avvocatura Generale dello Stato dalla quale è
rappresentata e difesa.

-controricorrente-

per la cassazione della sentenza n.34/9/13 della Commissione
tributaria regionale della Liguria-sezione di Genova, depositata in
data 11.10.2013;
udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del
2.12.2020 dal Consigliere Roberta Crucitti;

935
2020



udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. Tommaso Basile che ha concluso per il rigetto del ricorso; udito per la ricorrente l'Avv. (omissis) .

Fatti di causa

Nell'aprile 1999, le società (omissis) S.p.A. e (omissis) S.p.A. costituirono la (omissis) S.p.A., partecipata dalla prima nella misura dell'80% e dalla seconda per il restante 20%; successivamente, in data 1 agosto 1999, la (omissis) s.p.a. deliberò l'aumento di capitale sottoscritto dalle due socie, operato mediante il conferimento da parte di ciascuna di ramo di azienda. In particolare, il conferimento eseguito da s.p.a. (omissis) ha dato luogo ad una minusvalenza, determinata dalla differenza tra i valori di bilancio del ramo aziendale, oggetto del conferimento ed il valore della partecipazione. Questa minusvalenza è stata neutralizzata fiscalmente mediante una variazione in aumento da parte della conferente operata nel modello unico 2000, conseguente alla rilevazione di un avviamento negativo, imputato, in parte a rettifica diretta di attività di bilancio e, in parte, iscritto in un fondo denominato "fondo oneri di ristrutturazione e *badwill*". Dal canto suo, la conferitaria s.p.a. (omissis), ricevendo tale fondo, lo aveva ripartito in fondi rischi futuri, con corrispondenti variazioni in diminuzione. Infine, le due socie avevano cedute le rispettive quote a (omissis) .

L'Agenzia delle entrate ha ravvisato nell'operazione carattere elusivo ex art. 37-*bis* del d.P.R. n.600 del 1973.

Ne è scaturito un avviso di accertamento col quale l'Ufficio ha disconosciuto i vantaggi fiscali ottenuti dalla (omissis) s.p.a., recuperando a tassazione, per l'anno 2000, maggiore materia imponibile ai fini IRPEG, IRAP e IVA.

La Società ha impugnato l'avviso innanzi alla Commissione tributaria provinciale di Savona la quale ha accolto il ricorso, annullando l'avviso di accertamento, ma la decisione, appellata dall'Ufficio, è stata, integralmente riformata dalla Commissione tributaria regionale della Liguria (d'ora in poi, per brevità, C.T.R.) la quale, con la sentenza indicata in epigrafe, ha ritenuto sussistenti tutti i presupposti per ritenere l'operazione elusiva, sostenendo che



con la stessa, in assenza di valide ragioni economiche, si era realizzato un indebito risparmio di imposta, determinato dall'utilizzo da parte di (omissis) s.p.a. dei fondi-oneri di ristrutturazione e *badwill* iscritti, in neutralità fiscale ex articolo 4 del decreto legislativo n.358 del 1997, a seguito del conferimento del ramo di azienda. Infatti, secondo il Giudice di appello, se fosse stato posto in essere il comportamento aggirato, i ridetti fondi avrebbero ottenuto pieno riconoscimento fiscale ed il relativo utilizzo avrebbe concorso a formare il reddito della stabile organizzazione di soggetto non residente.

Avverso la sentenza propone ricorso, su sette motivi, (omissis) S.p.a., in liquidazione e in amministrazione straordinaria, per ottenerne la cassazione, cui replica l'Agenzia delle entrate con controricorso.

La Società ha depositato memoria.

Ragioni della decisione

1 Con il primo motivo la ricorrente deduce, in relazione all'art.360, primo comma, n.3 cod.proc.civ., la falsa applicazione dell'art.37 *bis* del d.P.R. 29 settembre 1973 n.600, in ordine alla ritenuta legittimità dell'azione di accertamento, per la presunta sussistenza, nel caso di specie, dei requisiti della fattispecie elusiva.

In particolare, la ricorrente contesta alla C.T.R. di avere ritenuto sussistenti i presupposti di cui al citato art.37 *bis*, prescindendo dall'esaminare specificamente il caso concreto, anche alla luce delle risultanze emerse dalla C.T.U. (disposta dal Giudice tributario di merito nella causa relativa all'annualità 1999, avente a oggetto la stessa operazione societaria), dalla quale risultava la correttezza contabile delle operazioni poste in essere e anche l'insussistenza di un indebito risparmio di imposta.

Secondo la prospettazione difensiva, nella specie, inoltre le valide ragioni economiche, sottese all'operazione, erano evidenti in quanto tale operazione, dando luogo, alla costituzione di un soggetto giuridico con sede in Italia, in capo al quale concentrare le attività produttive oggetto di conferimento, aveva consentito, innanzitutto di salvaguardare l'occupazione come, peraltro, successivamente riconosciuto da parte delle istituzioni italiane che



avevano ammesso la Società alla procedura di amministrazione straordinaria. Infine, con riferimento al presupposto del compimento di atti e negozi diretti ad aggirare obblighi e divieti, la ricorrente deduce come l'operazione di conferimento di azienda in una *Newco* e successiva cessione a terzi delle partecipazioni di quest'ultima, lungi dall'essere elusiva è espressamente disciplinata dal legislatore tributario (artt.87 e 176 del d.P.R. n.917 del 1986).

2 Con i restanti sei motivi di ricorso la Società, deduce, in relazione all'art.360, primo comma, n.4 cod.proc.civ., la violazione dell'art.112 cod. proc.civ. In particolare, con il secondo motivo, la ricorrente lamenta che la C.T.R. nulla abbia statuito in ordine all'eccepita violazione, da parte dell'Agenzia delle entrate, nell'avviso di accertamento, dell'art.20 (ora 23) del d.P.R n.917 del 1986, avente a oggetto l'imposizione fiscale ai soggetti non residenti ordine all'eccepita violazione.

3 Con il terzo motivo, di tenore analogo al secondo, la ricorrente si duole che la C.T.R. non abbia esaminato il motivo relativo all'illegittima formazione dell'atto di accertamento, per violazione dell'art.37 *bis*, commi secondo, quinto e sesto, del d.P.R. n. 600 del 1973.

4. Con il quarto motivo di ricorso, la Società deduce l'omessa pronuncia da parte della C.T.R. sull'ulteriore motivo relativo all'illegittimità dell'avviso di accertamento, per difetto di motivazione, posto che non erano stati allegati i processi verbali di constatazione cui l'avviso faceva riferimento.

5. Con il quinto si deduce l'omessa pronuncia sul motivo relativo all'eccepita violazione delle norme relative alla determinazione del reddito di impresa.

6. Con il sesto la Società lamenta la mancata pronuncia da parte del Giudice di appello sull'eccepita violazione delle norme relative all'ulteriori riprese operate dall'Ufficio, a titolo di spese da ammortizzare e di spese di rappresentanza, senza svolgere alcuna motivazione nell'avviso di accertamento.

7 Con il settimo e ultimo motivo di ricorso si deduce l'omessa pronuncia in ordine alla illegittimità delle sanzioni irrogate, per violazione degli artt.37 *bis*, d.lgs. n.600 del 1973, 1 del d.P.R.



n.471 del 1997, 3, 5,6 e 7 del d.lgs. n.472/1997.

8. Come emergente in atti e non contestato tra le parti la decisione di primo grado, favorevole alla Società, ha annullato l'atto impositivo impugnato ritenendo, nel merito, che l'operazione, contestata come elusiva dall'Ufficio, fosse invece legittima. Così pronunciando la Commissione di prima istanza ha assorbito tutte le ulteriori questioni che erano state dedotte con il ricorso introduttivo dalla Società.

8.1 Ciò posto, tutti i motivi (dal secondo al settimo), con i quali è stata dedotta omessa pronuncia con violazione dell'art.112 cod.proc.civ., sono inammissibili.

Costituisce, invero, orientamento consolidato di questa Corte (Cass. n.23834 del 25/09/2019; *id* n.11738 del 2016) il principio per cui <<in tema di ricorso per cassazione, l'esercizio del potere di esame diretto degli atti del giudizio di merito, riconosciuto alla Corte di cassazione, ove sia denunciato un *error in procedendo*, presuppone l'ammissibilità del motivo, ossia che la parte riporti in ricorso, nel rispetto del principio di autosufficienza, gli elementi ed i riferimenti che consentono di individuare, nei suoi termini esatti e non genericamente, il vizio suddetto, così da consentire alla Corte di effettuare il controllo sul corretto svolgimento dell'iter processuale senza compiere generali verifiche degli atti>>.

8.2. Nel caso in esame -e a fronte peraltro della specifica contestazione dedotta, in controricorso, dall'Agenda delle entrate- la ricorrente, nell'illustrazione dei mezzi di impugnazione in esame, non ha riportato, con difetto di specificità, gli atti difensivi in cui tali questioni fossero state riproposte alla C.T.R., né, tanto meno tali atti ha allegato, né, ancora, ne ha riprodotto, neppure per stralci significativi, il contenuto, al fine di verificare se tali questioni fossero state ritualmente riproposte alla C.T.R. e consentire, quindi, a questa Corte il preliminare vaglio di ammissibilità.

9 Può, quindi, procedersi alla trattazione del primo motivo di ricorso.

9.1 La censura, per alcuni versi, ovvero nella parte in cui si lamenta l'omesso esame da parte della C.T.R. delle risultanze di una consulenza tecnica, disposta nell'analogo giudizio svoltosi



innanzi a altro giudice tributario per la diversa annualità del 1999, e dalla quale, secondo la prospettazione difensiva, era emersa l'insussistenza, nel caso in esame, dei presupposti per l'applicazione dell'art.37 *bis* d.P.R. n.600 del 1973 e, in particolare, dell'indebito vantaggio fiscale- è inammissibile. E invero, non solo la doglianza, difetta in autosufficienza sotto più profili -non riportando né specificamente le suddette risultanze peritali né quando e come le stesse fossero state portate all'esame della C.T.R.- ma, e ancor prima, nei termini in cui è formulata tende, surrettiziamente, sotto l'egida della violazione di legge, ad introdurre, inammissibilmente in questa sede, una diversa ricostruzione in fatto, rispetto a quella operata dal Giudice di appello.

9.2.Per altro verso, non sussiste neppure la dedotta violazione di legge. Come, già, statuito da questa Corte (v.Cass.11.08.2016 n.16957, in controversia tra le parti relativa a analoga fattispecie per la diversa annualità 1999) l'avviamento negativo o *badwill* è la grandezza contabile che esprime l'inidoneità di un compendio aziendale a produrre futuri redditi adeguati e che, in conseguenza, corregge in diminuzione il valore contabile dell'azienda, esprimendo un'aspettativa di *performances* reddituali inferiori alla normalità e traducendosi, in definitiva, nella decurtazione di prezzo necessaria per scontare le perdite attese o le future mancate congrue remunerazioni: si tratta di un'ipotesi in cui il capitale economico che rappresenta il valore di un'azienda è inferiore alla dimensione contabile del patrimonio netto di essa. Il *badwill* identifica una qualità intrinseca del compendio aziendale, perché ne esprime la futura iporeddività; esso non può emergere contabilmente che dall'operazione che trasferisca l'azienda, di guisa che lo si è definito come grandezza esogena, perché presuppone un'operazione negoziale con un soggetto terzo. Ne è conferma il trattamento ad esso riservato dallo IAS 22, applicabile all'epoca dei fatti, il paragrafo 59 del quale stabilisce che «l'eventuale eccedenza, alla data della compravendita, della quota di partecipazione dell'acquirente nei *fair value* delle attività e passività identificabili acquisite rispetto al costo dell'acquisizione,



deve essere rilevata come avviamento negativo». Secondo questo principio contabile, l'avviamento negativo connesso alla previsione di perdite e costi futuri identificati nel programma di acquisizione dell'acquirente e quantificabile in modo attendibile deve essere rilevato come provento nel conto economico dell'esercizio in cui i costi e le perdite sono rilevati (paragrafo 61).

9.3. In questo contesto generale, la sentenza impugnata, nel ravvisare l'intento elusivo dell'operazione contabile, esplicita chiaramente che lo stesso si è realizzato attraverso l'abusivo l'utilizzo da parte della (omissis) s.p.a. dei fondi oneri di ristrutturazione e *badwill* iscritti, in neutralità fiscale ex articolo 4 del decreto legislativo 358 del 1997.

Dispone difatti questa norma che «i conferimenti di aziende possedute per un periodo non inferiore a tre anni, effettuati tra i soggetti indicati nell'articolo 87, comma 1, lettere a) e b), del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, non costituiscono realizzo di plusvalenze o minusvalenze». Il che significa che, a seguito del conferimento, la rilevanza fiscale dell'avviamento negativo è rimasta sospesa sia per la conferente, sia per la conferitaria, di guisa che la minusvalenza prodottasi per la conferente, determinata dalla differenza tra il valore dell'azienda e l'incremento del valore della partecipazione a seguito del conferimento ed il *badwill* trasferito alla conferitaria non hanno acquistato rilevanza per il fisco e, quindi, non hanno concorso a formare il rispettivo reddito d'esercizio soggetto a tassazione.

9.4 Nella prospettazione dell'ufficio, che emerge dall'avviso di accertamento come risultante in atti, la conferitaria (omissis) s.p.a. ha fruito, per effetto del conferimento minusvalente in neutralità d'imposta, del vantaggio scaturente dalle variazioni in diminuzione che ha potuto operare in sede di dichiarazione dei redditi relativi all'anno 2000, correlate all'utilizzo del fondo *badwill*, al fine di renderlo fiscalmente neutrale; variazioni, che, come correttamente rilevato dalla C.T.R. non avrebbe potuto operare qualora, invece del conferimento, si fosse ricorso al trasferimento del ramo d'azienda.



In questo quadro, l'assenza di valide ragioni economiche dell'operazione emerge, in base alla ricostruzione dell'ufficio acclarata dalla C.T.R., dal fatto che in un brevissimo torno di tempo:

- è stata costituita la s.p.a. (omissis) (il 16 aprile 1999);
- è stato aumentato il capitale sociale della (omissis) mediante il conferimento, tra l'altro, del ramo d'azienda del quale si discute (il 1 agosto 1999);
- a ridosso, il capitale sociale di (omissis) è stato interamente trasferito a (omissis) s.a r.l., con sede in (omissis) (il 2 agosto 1999).

Sequenza questa, puntualmente descritta nella sentenza impugnata, che evidenzia che la costituzione di s.p.a. (omissis) e, in particolare, il successivo conferimento del ramo d'azienda sono stati volti esclusivamente a fruire del regime previsto dall'art. 4 del d.lgs. 358/97 per l'impiego del *badwill*, al fine di ottenere il vantaggioso effetto fiscale dinanzi indicato. Effetto ottenibile, in base alla norma suindicata, soltanto mediante il conferimento, il quale, a propria volta, è espressamente considerato (art. 37-bis, terzo comma, lett. b), del d.P.R. 600/73, nel testo applicabile all'epoca dei fatti) operazione riconducibile al novero degli strumenti tipici di realizzazione della manovra elusiva.

9.5 La stessa prospettazione della società ricorrente non supera il vaglio dell'art. 37 bis d.P.R. n.600/73, in quanto non chiarisce a quali necessità organizzative e strutturali risponda la complessiva operazione posta in essere e neanche deduce le concrete ragioni di miglioramento strutturale e funzionale dell'impresa che avrebbero comportato l'adozione della sequenza negoziale prescelta, se non per il generico, e per tale verso ininfluente ai fini che occupano, richiamo ad un incremento occupazionale che avrebbe trovato riscontro nella sottoposizione dell'impresa, da parte delle Autorità italiane, alla procedura di amministrazione straordinaria.

Pertanto, la sentenza impugnata non incorre nella denunciata violazione di legge, poiché, a fronte della contestazione di elusività dell'operazione sopra descritta da parte



dell'amministrazione finanziaria, il giudice di appello rileva, e argomenta diffusamente, che la società contribuente avrebbe avuto l'onere di provare le concrete ragioni economiche, che non fossero di mera riorganizzazione interna unicamente finalizzata alla creazione di elementi passivi del reddito da dedurre per diminuire l'imponibile tassabile.

9.6 L'interpretazione adottata dal Giudice di merito appare in linea con le più recenti sentenze di questa Corte (Cass. n.438/2015; n.439/2015; n.5155/2016; n.30404/2018; n.24294/2019; n.34595/2019) e con gli esiti dei lavori della Commissione Gallo per la scrittura del nuovo art. 10-bis dello Statuto del contribuente, introdotto dall'art. 1 del d.lgs. attuativo n. 128 del 5 agosto 2015 (conf. Relazione illustrativa) e recante la disciplina dell'abuso del diritto e dell'elusione fiscale, con riferimento alla raccomandazione 2012/772/UE sulla pianificazione fiscale aggressiva.

In estrema sintesi due sono gli indici di mancanza di sostanza economica: la non coerenza della qualificazione delle singole operazioni con il fondamento giuridico del loro insieme e la non conformità degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato, mentre per vantaggi fiscali indebiti si considerano i benefici realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario.

Precisa la raccomandazione che "una costruzione o una serie di costruzioni è artificiosa se manca di sostanza commerciale" (4.4), o più esattamente di "sostanza economica" (4.2), e "consiste nell'eludere l'imposizione quando, a prescindere da eventuali intenzioni personali, contrasta con l'obiettivo, lo spirito e la finalità delle disposizioni fiscali".

Peraltro la stessa raccomandazione UE (4.4 lett d), precisa che "Per determinare se la costruzione o la serie di costruzioni è artificiosa, le autorità nazionali sono invitate a valutare ... se ... le operazioni concluse sono di natura circolare" (pertanto è evidente che persino nel nuovo assetto normativo restano abusive le costruzioni artificiose e circolari -conf. CGUE, 10/11/2011, in causa C-126/10, punto 34).



9.7 Nessuna rilevanza, infine, può dispiegare il terzo comma dell'art. 176 del d.P.R. 917/1986, sul quale punta la Società anche in memoria. La norma è, infatti, inapplicabile alla fattispecie, la quale concerne l'anno d'imposta 2000, là dove l'art.176 citato, nel testo invocato dalla contribuente, è stata introdotto soltanto col d.lgs. 12 dicembre 2003, n. 344, con effetti a partire dal 1 gennaio 2004 (irrilevante essendo, contrariamente a quanto sostenuto la società, la data dell'avviso dell'accertamento, che si riferisce ad una situazione di fatto già cristallizzata, da valutare in base alle regole vigenti quando si è realizzata).

10. Alla luce delle considerazioni che precedono, la sentenza impugnata rimane esente da censura con conseguente rigetto del ricorso.

11. La Società, soccombente, va condannata al pagamento, in favore dell'Agenzia delle entrate, delle spese processuali nella misura liquidata come in dispositivo.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso.

Condanna la ricorrente alla refusione in favore dell'Agenzia delle entrate delle spese processuali liquidate in complessivi euro 13.200 oltre spese prenotate a debito.

Ai sensi dell'art.13 comma 1 *quater* del d.P.R. n.115 del 2002 dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento da parte del ricorrente dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1-*bis*, dello stesso articolo 13, se dovuto.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della V sezione Civile, il 2 dicembre 2020.

Il Consigliere estensore

Il Presidente

