



LA SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE
QUINTA SEZIONE CIVILE

15757.20
CU

uu

Composta da

Ettore Cirillo

Andreina Giudicepietro

Riccardo Guida

Luigi D'Orazio

Raffaele Rossi

-Presidente-

-Consigliere rel.-

-Consigliere-

-Consigliere-

-Consigliere-

Oggetto:

R.N.G. 20774/2014

Cron. 15757

UC - 17/7/2020

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso iscritto al n. 20774/2014 proposto da

Duca Visconti di Modrone S.p.A., in persona del *l.r.p.t.*, e Finanziaria Inghirami S.p.A., in persona del *l.r.p.t.*, rappresentate e difese dall'Avv. Angelo Contrino e Francesco D'Ayala Valva, presso cui elettivamente domiciliano in Roma, al Viale Parioli n.43;

-ricorrenti-

CONTRO

Agenzia delle entrate, in persona del direttore *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, presso cui è domiciliata in Roma alla via dei Portoghesi n.12;

-controricorrente-

avverso la sentenza n.353/2014 della Commissione tributaria regionale della Lombardia, pronunciata in data 19 dicembre 2013, depositata in data 23 gennaio 2014 e non notificata.

Udita la relazione svolta nella Camera di Consiglio del 17 luglio 2020 dal Consigliere Andreina Giudicepietro;

1981
2020

rf

RILEVATO CHE:

le società Duca Visconti di Modrone S.p.A., in persona del *l.r.p.t.*, e Finanziaria Inghirami S.p.A., in persona del *l.r.p.t.* (di seguito le società, rispettivamente consolidata e consolidante), ricorrono con due motivi avverso l'Agazia delle entrate per la cassazione della sentenza n.353/2014 della Commissione tributaria regionale della Lombardia(di seguito C.t.r.), pronunciata in data 19 dicembre 2013, depositata in data 23 gennaio 2014 e non notificata, che ha accolto parzialmente l'appello delle contribuenti, in controversia concernente l'impugnazione degli avvisi di accertamento per maggiore Ires di consolidato per l'anno di imposta 2006, con i quali l'Ufficio, per quanto ancora di interesse, aveva accertato l'indebito utilizzo di un fondo derivante dall'avanzo di fusione, nonchè recuperato a tassazione costi non inerenti per operazioni con Paesi a fiscalità privilegiata;

a seguito del ricorso l'Agazia delle entrate resiste con controricorso;

il ricorso è stato fissato per la camera di consiglio del 17 luglio 2020;

le ricorrenti hanno depositato memoria;

CONSIDERATO CHE:

con il primo motivo, le ricorrenti censurano la violazione e/o la falsa applicazione degli artt.83, 107, 172 e 173 d.P.R. 22 dicembre 1986, n.917 (T.u.i.r), in relazione all'art. 360, comma primo, n. 3, cod proc. civ.;

il motivo è fondato e va accolto;

la fattispecie trae origine da un'operazione effettuata in data 21 dicembre 2005 dalla Cantoni ITC Italia S.p.A., società del gruppo Inghirami, che aveva incorporato 17 società, generando un avanzo di fusione;

in pari data veniva stipulato un atto di scissione parziale, con effetto dal 31 dicembre 2005, non comportante alcuna variazione del valore delle partecipazioni possedute dai soci delle società partecipanti ad essa;

nel corso del 2005 era stato costituito dalla Cantoni ITC S.p.A. un fondo derivante dall'avanzo di fusione, accantonato a fronte dei rischi connessi all'andamento economico di alcune attività pervenute in sede di modifica straordinaria;

una quota di tale fondo veniva, dunque, utilizzata dalla Cantoni ITC S.p.A., mentre la restante parte veniva trasferita in sede di scissione alla beneficiaria Duca Visconti di Modrone S.p.A.;

quest'ultima società evidenziava nel bilancio chiuso al 31/12/2005 un importo denominato "altri fondi per rischi ed oneri", costituito dal fondo derivante dall'avanzo di fusione, che utilizzava nell'esercizio 2006, contabilizzando il fondo nel conto economico alla voce di bilancio "utilizzo fondi non tassati" ed utilizzandolo a copertura delle perdite;

secondo le ricorrenti, la neutralità dell'avanzo da annullamento non può essere intaccata dalla sua iscrizione a conto economico in una voce di fondo per rischi ed oneri futuri, né dal successivo utilizzo a copertura delle perdite effettivamente verificatesi;

a mente dell'art.2054 bis cod. civ. (come modif. dall'art. 6 del d.lgs. n. 6 del 2003), sugli effetti della fusione, <<la società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione>>;

l'ultimo periodo del quarto comma dell'articolo in esame prevede, inoltre, che <<se dalla fusione emerge un avanzo, esso è iscritto ad apposita voce del patrimonio netto, ovvero, quando sia dovuto a previsione di risultati economici sfavorevoli, in una voce dei fondi per rischi ed oneri>> (*Periodo aggiunto dall'art. 23 d.lg. 28 dicembre 2004, n. 310*);

l'avanzo da annullamento, derivante da un'operazione di fusione, si ricollega all'annullamento delle partecipazioni dell'incorporante nella società incorporata;

l'incorporante, infatti, deve immettere in bilancio, in sostituzione delle partecipazioni annullate, i valori delle attività e passività (dunque, del patrimonio netto) della società incorporata;

nel caso in cui i valori contabili del patrimonio dell'incorporata siano superiori al valore delle partecipazioni annullate, si genera un avanzo da annullamento;

l'emersione dell'avanzo da annullamento può dipendere da una delle seguenti cause: a)l'acquisto della partecipazione è stato effettuato a condizioni vantaggiose; b) i beni della partecipata sono stati assoggettati ad una rivalutazione ai sensi di leggi speciali, mentre la partecipazione non è stata rivalutata; c) nel periodo intercorrente tra l'acquisizione della partecipazione e la data di efficacia della fusione si sono formate riserve di utili nella partecipata, che non hanno comportato un corrispondente aumento nel valore contabile della partecipazione; d)l'acquisto è stato effettuato prevedendo oneri o perdite future della partecipata o tenendo conto dell'esistenza di un *badwill* per insufficiente redditività, che ha influito sul prezzo;

in base alle disposizioni del quarto comma dell'art.2504 bis cod. civ., così come interpretato dall'Organismo Italiano di Contabilità nel Principio Contabile n.4, l'avanzo da annullamento che ha natura di utile o che corrisponde a rivalutazione di beni è iscritto in un'apposita riserva del patrimonio netto, oppure utilizzato per la ricostituzione di riserve in sospensione, mentre l'avanzo di annullamento, che rappresenta il valore attuale di oneri o perdite future o di un *badwill* deve essere iscritto nell'apposito fondo rischi, da utilizzarsi al verificarsi degli oneri e delle perdite;

nel caso di specie, la società Duca Visconti di Modrone S.p.A., a seguito di scissione dalla Cantoni ITC S.p.A., riceveva, in qualità di beneficiaria, una parte del fondo, costituito dalla Cantoni ITC S.p.A., derivante dall'avanzo di fusione da annullamento, accantonato a fronte dei rischi connessi all'andamento economico di alcune attività pervenute in sede di modifica straordinaria;

ai fini fiscali, l'art.170, comma 1, T.u.i.r. prevede: <<1. La trasformazione della società non costituisce realizzo né distribuzione delle plusvalenze e minusvalenze dei beni, comprese quelle relative alle rimanenze e il valore di avviamento>>;

la disposizione ha contenuto meramente confermativo dei principi già presenti nell'ordinamento, come si legge nella Relazione di accompagnamento allo schema del testo unico, nella sua originaria stesura, nella quale è scritto che << la trasformazione, come pure la fusione ..., conserva nel sistema delle imposte sui redditi le caratteristiche che le sono proprie nel diritto civile: si tratta di operazioni che, non attendendo alla gestione dell'impresa, ma esclusivamente allo *status* del soggetto imprenditore, lasciano inalterati i rapporti giuridici esterni, compresi quelli tributari..., quindi non costituiscono di per se' fatti generatori di redditi o perdite: ivi compresi quelli inerenti al realizzo di eventuali plusvalenze o minusvalenze di beni compresi nel patrimonio sociale, realizzo qui non ravvisabile perché i beni permangono nel patrimonio stesso>>;

invero, le operazioni societarie che coinvolgono i soggetti (quali le trasformazioni, fusioni, scissioni) non comportano alcuna soluzione di continuità nella vita delle società interessate, né realizzano alcun trasferimento di ricchezza da una società all'altra, poiché non si ha una vicenda estintiva - costitutiva dell'ente, bensì un mero mutamento dell'atto costitutivo da parte dell'assemblea dei soci e, quindi, un mero cambiamento del regime legale applicabile;

pertanto alle operazioni sui soggetti sono applicabili i principi di neutralità fiscale, nel senso che dette operazioni non sono idonee a generare reddito, e di

simmetria fiscale, nel senso della continuità dei valori fiscalmente riconosciuti dei beni che fanno parte del patrimonio dell'impresa;

tali principi, enunciati nel primo comma dell'art.170 T.u.i.r. sopra riportato trovano ulteriore riscontro nella previsione di cui all'art.86 T.u.i.r., a mente del quale le plusvalenze concorrono a determinare il reddito esclusivamente se realizzate mediante cessione a titolo oneroso, anche unitariamente mediante cessione a titolo oneroso di un'azienda, o mediante risarcimento per la perdita o il danneggiamento di beni, oppure ancora se i beni vengono assegnati a finalità estranee all'esercizio dell'impresa;

inoltre, sono irrilevanti fiscalmente anche le plusvalenze e le minusvalenze, relative alle immobilizzazioni della società eventualmente iscritte nello stato patrimoniale della società che risulta dalla trasformazione, in quanto gli artt. 86 e 101 T.u.i.r. non attribuiscono rilevanza fiscale, rispettivamente, alle plusvalenze ed alle minusvalenze che non siano state effettivamente realizzate, ma soltanto iscritte nello stato patrimoniale;

specificamente sulle fusioni (ma analogamente prevede l'art.173, in tema di scissione) l'art.172, comma 1, T.u.i.r. prevede: << 1. La fusione tra più società non costituisce realizzo né distribuzione delle plusvalenze e minusvalenze dei beni delle società fuse o incorporate, comprese quelle relative alle rimanenze e il valore di avviamento >>;

tale norma afferma, quindi, espressamente il principio della neutralità fiscale della fusione, nel senso che questa operazione non può di per se' generare né reddito imponibile, né perdita deducibile, precisando che essa non costituisce né realizzo né distribuzione delle plusvalenze e minusvalenze dei beni delle società fuse o incorporate, comprese quelle relative a rimanenze e avviamento;

come si è detto, la prevalente dottrina civilistica italiana vede nella fusione l'effetto di una serie di convergenti modifiche statutarie e nega che essa consista in una vicenda di "estinzione" di società e di successione di altre, perché ritiene che le società incorporate o fuse continuino la loro attività nella società incorporante o risultante dalla fusione senza estinguersi;

tale concezione è condivisa anche dalla giurisprudenza;

la Cassazione, SS.UU., nell'ordinanza n. 2637 dell'8 febbraio 2006 afferma che <<la fusione tra società, prevista dagli art. 2501 e seguenti del Codice Civile non determina, nell'ipotesi di fusione per incorporazione, l'estinzione della società incorporata, né crea un nuovo soggetto di diritto nell'ipotesi di fusione paritaria; ma

M

attua l'unificazione mediante l'integrazione reciproca delle società partecipanti alla fusione. Il fenomeno non comporta, dunque, l'estinzione di un soggetto e (correlativamente) la creazione di un diverso soggetto, risolvendosi (come già rilevato in dottrina) in una vicenda meramente evolutiva-modificativa dello stesso soggetto, che conserva la propria identità, pur in nuovo assetto organizzativo>>;

la fusione, quindi, <<plasma una vicenda meramente modificativa-evolutiva della medesima compagine societaria>> (in tal senso, da ultimo, Cassazione civile sez. trib., 10/12/2019, n.3220) e si inserisce tra le vicende di trasformazione societaria;

il secondo comma dell'art.172 T.u.i.r. prevede :<<2. Nella determinazione del reddito della società risultante dalla fusione o incorporante non si tiene conto dell'avanzo o disavanzo iscritto in bilancio per effetto del rapporto di cambio delle azioni o quote o dell'annullamento delle azioni o quote di alcuna delle società fuse possedute da altre. I maggiori valori iscritti in bilancio per effetto dell'eventuale imputazione del disavanzo derivante dall'annullamento o dal concambio di una partecipazione, con riferimento ad elementi patrimoniali della società incorporata o fusa, non sono imponibili nei confronti dell'incorporante o della società risultante dalla fusione. Tuttavia i beni ricevuti sono valutati fiscalmente in base all'ultimo valore riconosciuto ai fini delle imposte sui redditi, facendo risultare da apposito prospetto di riconciliazione della dichiarazione dei redditi i dati esposti in bilancio ed i valori fiscalmente riconosciuti>>;

il successivo comma 5, primo periodo, recita :<< 5. Le riserve in sospensione di imposta, iscritte nell'ultimo bilancio delle società fuse o incorporate, concorrono a formare il reddito della società risultante dalla fusione o incorporante se e nella misura in cui non siano state ricostituite nel suo bilancio prioritariamente utilizzando l'eventuale avanzo da fusione>>;

inoltre, il comma 6, primo periodo, prevede :<<6. All'aumento di capitale, all'avanzo da annullamento o da concambio che eccedono la ricostituzione e l'attribuzione delle riserve di cui al comma 5, si applica il regime fiscale del capitale e delle riserve della società incorporata o fusa, diverse da quelle già attribuite o ricostituite ai sensi del comma 5 che hanno proporzionalmente concorso alla sua formazione>>;

ne consegue che l'avanzo deve essere prioritariamente utilizzato per la ricostituzione delle riserve in sospensione d'imposta eventualmente esistenti nel patrimonio delle società fuse o incorporate;

in caso di avanzo insufficiente o di riserve libere incapienti, è possibile vincolare in tutto o in parte il capitale sociale della società incorporante, facendone menzione nella nota integrativa al bilancio;

in mancanza della ricostituzione, le riserve in sospensione d'imposta si presumono utilizzate e concorrono a formare il reddito imponibile della società (incorporante o risultante dalla fusione);

se, invece, residua una quota di avanzo, si applica il regime fiscale del capitale e delle riserve delle società fuse o incorporate, che hanno proporzionalmente concorso alla sua formazione;

l'avanzo che residua dopo la costituzione delle riserve in sospensione di imposta ha la stessa natura del capitale e delle riserve che compongono il patrimonio netto delle società incorporate;

deve, quindi, concludersi che, una volta ricostituite le riserve in sospensione d'imposta (oppure in assenza dell'obbligo di ricostituzione delle riserve di imposta), l'unico obbligo fiscale è quello di mantenere la stratificazione fiscale che il patrimonio netto della società incorporata aveva *ante* fusione (in tal senso, vedi risoluzione dell'Agenzia delle entrate n.62 del 24/5/2017);

nel caso di specie, la società beneficiaria, che, a seguito della scissione, ha recepito parte del fondo derivante dall'avanzo da annullamento, espressione di un *badwill* riferito alle attività delle società incorporate per la previsione di perdite future, lo ha fatto confluire nel conto economico e lo ha utilizzato per il ripianamento delle perdite per l'anno di imposta 2006;

ciò, peraltro, in conformità con il principio di "prudenza" nella redazione del bilancio secondo cui devono essere contabilizzate anche le perdite e gli oneri incerti o presunti, mentre i componenti positivi vanno contabilizzati soltanto se effettivamente realizzati alla chiusura dell'esercizio;

ai sensi dell'art.172, commi 1 e 2, T.u.i.r., se l'avanzo di fusione è iscritto tra le riserve del patrimonio netto della società risultante dalla fusione, il conseguente aumento del patrimonio netto non è soggetto ad alcuna imposizione e non rappresenta una componente positiva di reddito;

come sostenuto da nota dottrina, anche se l'avanzo di fusione è iscritto tra i fondi per rischi ed oneri, come previsto dall'ultimo periodo del IV comma dell'art.2504 bis cod. civ., tale fondo è come se non esistesse ai fini fiscali, poiché non sarebbe coerente un diverso regime fiscale;

pertanto, se esso viene utilizzato a copertura di perdite o costi effettivi, questi ultimi costituiscono componenti negative deducibili in sede di determinazione del reddito d'impresa;

nella specie, il fondo non è stato utilizzato dalla società per ridurre il reddito imponibile, ma a copertura parziale di una perdita, in conformità della natura di riserva di capitale o di riserva di utili;

deve, quindi, affermarsi il seguente principio di diritto: << in base ai principi della neutralità e della simmetria fiscale della fusione e della scissione di società (artt.172 e 173 T.u.i.r.), l'avanzo da annullamento - generato da una serie di operazioni straordinarie (fusione, scissione, etc.), che sia riconducibile alla sopravvalutazione del patrimonio netto della società fusa o incorporata rispetto al suo valore effettivo, o alla previsione di perdite ed oneri futuri o di un *badwill* correlato alle attività della società fusa o incorporata - ove sia iscritto, ex art.2504 bis, quarto comma, cod. civ., tra i fondi per rischi ed oneri nel passivo dello stato patrimoniale della società risultante dalla fusione o della società incorporante e, quindi, sia effettivamente utilizzato per la copertura degli oneri e delle perdite civilistiche della società fusa o incorporata (al momento del loro manifestarsi), è irrilevante sotto il profilo fiscale, nel senso che non determina alcun prelievo fiscale>>;

la sentenza impugnata non si è uniformata al principio esposto e pertanto va cassata;

con il secondo motivo, le ricorrenti denunciano la nullità della sentenza per la violazione dell'art.36 d.lgs. n.546/1992, in relazione all'art.360, primo comma, n.4, cod. proc. civ.;

il motivo è fondato e deve essere accolto;

le Sezioni Unite di questa Corte hanno affermato che << in tema di ricorso per cassazione, ove la sentenza di appello sia motivata "per relationem" alla pronuncia di primo grado, al fine ritenere assolto l'onere ex art. 366, n. 6, c.p.c. occorre che la censura identifichi il tenore della motivazione del primo giudice specificamente condivisa dal giudice di appello, nonché le critiche ad essa mosse con l'atto di gravame, che è necessario individuare per evidenziare che, con la resa motivazione, il giudice di secondo grado ha, in realtà, eluso i suoi doveri motivazionali>> (Cass. Sez. U. , Sentenza n. 7074 del 20/03/2017);

in particolare, in tema di processo tributario, si è ulteriormente chiarito che << è nulla, per violazione degli artt. 36 e 61 del d.lgs. n. 546 del 1992, nonché dell'art. 118 disp. att. c.p.c., la sentenza della commissione tributaria regionale

completamente priva dell'illustrazione delle censure mosse dall'appellante alla decisione di primo grado e delle considerazioni che hanno indotto la commissione a disattenderle e che si sia limitata a motivare "per relationem" alla sentenza impugnata mediante la mera adesione ad essa, poiché, in tal modo, resta impossibile l'individuazione del "thema decidendum" e delle ragioni poste a fondamento della decisione e non può ritenersi che la condivisione della motivazione impugnata sia stata raggiunta attraverso l'esame e la valutazione dell'infondatezza dei motivi di gravame. (In applicazione del principio, la S.C. ha annullato la sentenza impugnata che aveva confermato la decisione di primo grado attraverso il mero rimando al contenuto di tale pronuncia ed a quello agli scritti difensivi di una delle parti, in modo del tutto generico e senza esplicitare il percorso logico giuridico seguito per pervenire alle proprie conclusioni)>> (Cass. Sez. 5 , Sentenza n. 24452 del 05/10/2018);

è stato anche detto che <<la sentenza d'appello può essere motivata "per relationem", purché il giudice del gravame dia conto, sia pur sinteticamente, delle ragioni della conferma in relazione ai motivi di impugnazione ovvero della identità delle questioni prospettate in appello rispetto a quelle già esaminate in primo grado, sicché dalla lettura della parte motiva di entrambe le sentenze possa ricavarsi un percorso argomentativo esaustivo e coerente, mentre va cassata la decisione con cui la corte territoriale si sia limitata ad aderire alla pronuncia di primo grado in modo acritico senza alcuna valutazione di infondatezza dei motivi di gravame>> (Cass. Sez. L. , Ordinanza n. 28139 del 05/11/2018);

nel caso di specie, sul motivo di appello relativo alla deducibilità dei costi attinenti alle operazioni commerciali con soggetti residenti nei Paesi a fiscalità privilegiata, la C.t.r. si è limitata ad osservare che << non si riscontrano motivi tali da invalidare il giudizio dei primi giudici, che viene confermato>>, ritenendo le doglianze ripetitive dei motivi di ricorso avanzati in primo grado e senza dar conto, neanche sinteticamente, dei motivi di infondatezza degli specifici profili di contestazione rivolti dalle ricorrenti alla sentenza della C.t.p. di Milano;

in conclusione, il ricorso è complessivamente fondato e va accolto;

la sentenza impugnata va cassata, con rinvio alla C.t.r. della Lombardia, in diversa composizione, che provvederà anche alla liquidazione delle spese del giudizio di legittimità;

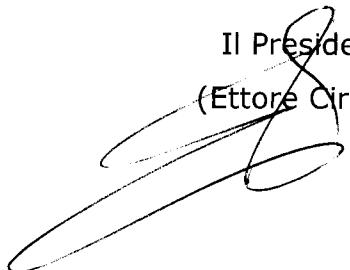
P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e rinvia alla C.t.r. della Lombardia, in diversa composizione, cui demanda di provvedere sulle spese del giudizio di legittimità.

HR

Così deciso in Roma il 17 luglio 2020

Il Presidente
(Ettore Cirillo)



DEPOSITATO IN CANCELLERIA

oggi, 23 LUG. 2020

Il FUNZIONARIO GIUDIZIARIO

