

Civile Ord. Sez. 5 Num. 954 Anno 2019

Presidente: CIRILLO ETTORE

Relatore: D'ORAZIO LUIGI

Data pubblicazione: 16/01/2019

**ORDINANZA**

6975  
2018

sul ricorso iscritto al n. 1947/2012 R.G. proposto da  
Agenzia delle Entrate, in persona del legale rappresentante pro tempore,  
rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in  
Roma, Via dei Portoghesi n. 12

- *ricorrente* -

contro

Aspiag Service s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore,  
rappresentata e difesa, come da procura speciale a margine del controricorso,  
dall'Avv. Mauro Beghin, dall'Avv. Giuseppe Piva e dall'Avv. Francesco d'Ayala

Valva, elettivamente domiciliati presso lo studio di quest'ultimo, sito in Roma, Viale Parioli n. 43

*-controricorrente-*

avverso la sentenza della Commissione tributaria di II grado di Bolzano, n. 44/2/2011, depositata il 25 maggio 2011.

Udita la relazione svolta nella camera di consiglio del 19 dicembre 2018 dal Consigliere Luigi D'Orazio.

#### RITENUTO IN FATTO

1. La Aspiag Service s.r.l. chiedeva il rimborso della somma di € 408.230,00, evidenziando che aveva posto in essere dal 1996 al 2007 alcune operazioni straordinarie d'impresa, mediante fusioni e conferimenti di azienda, creando in capo alla società considerevoli "disavanzi" contabili, che in base al principio di "neutralità" che connotava, sul versante tributario, tali operazioni, le stesse non avevano generato anche maggiori valori imponibili, provocando un effetto di "scollamento" dei valori di bilancio dei cespiti patrimoniali rispetto ai corrispondenti valori fiscali, che ai sensi della legge 24-12-2007, n. 244, era stato possibile per il futuro, quindi a decorrere dal 1-1-2008, con riferimento alle operazioni di fusione (art. 172 d.p.r. 917/1986), scissione (art. 173 d.p.r. 917/1986) e conferimenti di azienda (art. 176 d.p.r. 917/1986) "affrancare" ai fini fiscali il "disavanzo" generatosi in sede contabile nel bilancio di esercizio, con il versamento di una imposta sostitutiva, calibrata mediante l'applicazione di aliquote progressive per scaglioni (12 % sulla parte dei maggiori valori ricompresi nel limite di 5 milioni di euro, del 14 % sulla parte dei maggiori valori che eccede i 5 milioni di euro, 16 % sulla parte dei maggiori valori che eccede i 10 milioni di euro), che, però, tale possibilità di "riallineamento" dei valori di bilancio dei cespiti patrimoniali rispetto ai valori fiscali, era stata prevista anche per il passato, e quindi per le operazioni straordinarie effettuate

entro il 31-12-2007, nei limiti del "disallineamento" ancora esistente alla chiusura di detto periodo o del periodo successivo, che trattandosi di una imposta sostitutiva di Ires o Irap, doveva mutuare da queste la caratteristica della periodicità, con valutazione da compiersi per ogni singola annualità e per ciascun singolo periodo di imposta, che le operazioni effettuate sino al 31-12-2007 non potevano essere conteggiate cumulativamente come un'unica operazione, determinando, così, l'applicazione della aliquota massima degli scaglioni (16 %), ma le stesse dovevano essere suddivise per ciascun periodo di imposta annuale, con applicazione delle aliquote degli scaglioni ogni anno ex novo, senza computare le operazioni degli anni precedenti, che la società, però per errore aveva conteggiato cumulativamente tutte le operazioni straordinarie dal 1996 al 2007, determinando, così, l'applicazione della aliquota massima del 16 % sulla somma di € 24.289.564,00, che, invece, applicando le aliquote alle operazioni divise per ciascun anno, si determinava il suddetto credito di imposta.

2. La Commissione tributaria di primo grado accoglieva il ricorso.

3. La Commissione tributaria di secondo grado rigettava l'appello proposto dall'Ufficio, evidenziando che l'art. 1 comma 4 del decreto ministeriale 25-7-2008 disponeva che l'opzione per l'imposta sostitutiva doveva essere esercitata "distintamente" per ciascun anno di imposta, anche per le operazioni straordinarie compiute prima del 31-12-2007, ai sensi dell'art. 1 comma 10 del D.M. citato, non potendosi cumulare le operazioni compiute in anni diversi, con conseguente aumento della percentuale di imposta sostitutiva da versare.

4. Tale sentenza veniva impugnata con ricorso per cassazione dalla Agenzia delle entrate.

5. Resisteva la società con controricorso.

#### CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Con un unico motivo di impugnazione l'Agenzia delle entrate deduce "Violazione, ex art. 360 n. 3 c.p.c., dell'art. 172 comma 10 bis, dell'art. 176, comma 2 ter, del d.p.r. 917/1986, in relazione agli artt. 1, commi 4, 5 e 10, e

2 del DM 25-7-2008", in quanto relativamente alle operazioni straordinarie compiute prima del 31-12-2007, l'imposta sostitutiva va applicata con aliquota progressiva sulla parte dei maggiori valori assoggettati a tassazione complessivamente ricompresi in ogni scaglione, a prescindere dall'anno di efficacia delle plurime operazioni di fusione.

1.1. Tale motivo è fondato.

Invero, si rileva che ai sensi dell'art. 172 d.p.r. 917/1986 "la fusione tra più società non costituisce realizzo né distribuzione delle plusvalenze dei beni delle società fuse o incorporate". Allo stesso modo l'art. 173 d.p.r. 917/1986 disciplina l'ipotesi della scissione. L'art. 176 comma 1 d.p.r. 917/1986, quanto al conferimento di azienda si muove nella medesima direzione ("I conferimenti di aziende effettuati tra soggetti residenti nel territorio dello Stato nell'esercizio di imprese commerciali, non costituiscono realizzo di plusvalenze o minusvalenze. Tuttavia, il soggetto conferente deve assumere, quale valore delle partecipazioni ricevute, l'ultimo valore fiscalmente riconosciuto dell'azienda conferita e il soggetto conferitario subentra nella posizione di quello conferente in ordine agli elementi dell'attivo e del passivo dell'azienda stessa, facendo risultare da apposito prospetto di riconciliazione della dichiarazione dei redditi i dati esposti in bilancio e i valori fiscalmente riconosciuti").

Pertanto, in base al principio della "simmetria fiscale", che rappresenta il corollario del principio di "neutralità fiscale", sono fiscalmente irrilevanti i maggiori valori portati a incremento del valore di bilancio delle attività e passività della società fusa o incorporata. Le attività e le passività delle società incorporate o fuse vengono assunte dalla società incorporante o risultante dalla fusione secondo i medesimi valori fiscali ad essi attribuiti ante fusione. Si genera, in tal modo, un "disallineamento" ("doppio binario") tra il valore contabile dei cespiti patrimoniali ed il rispettivo valore fiscalmente riconosciuto degli stessi.

Il comma 2 dell'art. 172 d.p.r. 917/1986 prevede, infatti, che "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 e i valori fiscalmente riconosciuti".

Con la legge finanziaria del 2007 (legge 24-12-2007, n. 244) si è prevista la possibilità, per la società conferitaria, di ottenere il riconoscimento fiscale dei maggiori valori civilistici iscritti in bilancio a titolo di immobilizzazioni materiali ed immateriali all'esito del conferimento, e ciò a beneficio delle successive vicende che avrebbero potuto interessare tali beni, tramite il pagamento di una imposta sostitutiva, procedendo così all'affrancamento dei plusvalori latenti, i cui scaglioni dipendono dall'ammontare dei plusvalori oggetto di riconoscimento fiscale.

Tale profilo opzionale opera anche per le operazioni di scissione e fusione, ai sensi degli artt. 172 e 173 del d.p.r. 917/1986.

L'art. 1 comma 46 della legge 24-12-2007, n. 244, ha inserito all'art. 176 d.p.r. 917/1986 il comma 2 ter, con cui si prevede che "In luogo dell'applicazione delle disposizioni dei commi 1, 2 e 2 bis, la società conferitaria può optare, nella dichiarazione dei redditi relativa all'esercizio nel corso del quale è stata posta in essere l'operazione...per l'applicazione, in tutto o in parte, sui maggiori valori attribuiti in bilancio agli elementi dell'attivo costituenti immobilizzazioni materiali e immateriali relativi all'azienda ricevuta, di un'imposta sostitutiva dell'imposta sul reddito delle persone fisiche, dell'imposta sul reddito delle società e dell'imposta regionale sulle attività produttive con aliquota del 12 per cento sulla parte dei maggiori valori ricompresi nel limite dei 5 milioni di euro, del 14 per cento sulla parte dei maggiori valori che eccede 5 milioni di euro e fino a 10 milioni di euro e del 16 per cento sulla parte dei maggiori valori che eccede i 10 milioni di euro".

Tale procedimento è stato richiamato anche per le intervenute fusioni ai sensi dell'art. 172 comma 10 bis d.p.r. 917/1986 e per le precedenti scissioni ai sensi dell'art. 173 comma 15 bis del medesimo d.p.r., riferendosi entrambi all'art.

176 comma 2 ter.

L'art. 1 comma 47 della legge 24-12-2007, n. 244 ha previsto poi che "le disposizioni di cui al comma 46 si applicano alle operazioni effettuate a partire dal periodo di imposta successivo a quello in corso al 31-12-2007", aggiungendo che "la disciplina...può essere richiesta anche per ottenere il riallineamento dei valori fiscali ai maggiori valori di bilancio iscritti in occasione di operazioni effettuate entro il periodo di imposta in corso al 31-12-2007, nei *limiti dei disallineamenti ancora esistenti* alla chiusura di detto periodo o del periodo successivo". Si è stabilito, quindi, che "Con decreto di natura non regolamentare del Ministro dell'economia e delle finanze sono adottate le disposizioni attuative per l'esercizio e gli effetti dell'opzione, per l'accertamento e la riscossione dell'imposta sostitutiva...".

Con decreto ministeriale del 25-7-2008 sono state indicate le modalità per procedere al "riallineamento" tra i valori di bilancio dei cespiti ed i valori fiscali, ai fini dell'applicazione dell'art. 176 comma 2 ter del d.p.r. 917/1986.

L'art. 1 del D.M. citato, infatti, prevede che "Agli effetti dell'applicazione del regime dell'imposta sostitutiva di cui all'art. 176 comma 2 ter d.p.r. 917/1986...assumono rilievo le differenze residue tra il valore d'iscrizione in bilancio dei beni ricevuti in occasione di operazioni di conferimento di azienda...classificati dal soggetto conferitario tra le immobilizzazioni materiali e immateriali, incluso l'avviamento, e l'ultimo valore fiscalmente riconosciuto dei beni stessi presso il soggetto conferente".

Al comma 4 dell'art. 1 del suddetto decreto ministeriale si prevede che "L'opzione per il regime dell'imposta sostitutiva è esercitata, *distintamente* in relazione a ciascuna operazione di conferimento, nel primo o, al più tardi, nel secondo periodo di imposta successivo a quello dell'operazione stessa e si considera perfezionata con il versamento della prima delle tre rate dell'imposta dovuta".

Pertanto, con riferimento ai conferimenti di azienda ed alle operazioni straordinarie realizzati a partire dal 1-1-2008, l'imposta sostitutiva va applicata

per ciascun anno, quindi per ciascun periodo di imposta. Se in un anno vengono effettuate più operazioni straordinarie, sul totale complessivo delle stesse va calcolata l'imposta sostitutiva, con possibile applicazione, allora, della percentuale massima del 16 %, nel caso in cui la somma complessiva di tale operazioni sia superiore a 10 milioni di euro. Se, invece, la somma complessiva, per ciascun anno è inferiore, troveranno applicazione le percentuali più basse del 14 % e del 12 %.

La questione attiene, nel caso in esame, alle operazioni straordinarie realizzate dal 1996 sino al 31-12-2007, in quanto il comma 10 dell'art. 1 del decreto ministeriale 25-7-2008, dispone che "l'applicazione dell'imposta sostitutiva può essere richiesta, *secondo le regole dettate nei precedenti commi*, anche per le operazioni di conferimento effettuate *entro il periodo d'imposta in corso al 31 dicembre 2007*; in tal caso, l'opzione è esercitata nel primo o, al più tardi, nel secondo periodo d'imposta successivo a detto periodo".

Pertanto, è evidente che anche con riferimento alle operazioni straordinarie effettuate prima del 31-12-2007, l'imposta sostitutiva va applicata in relazione alla somma di tutte le operazioni straordinarie realizzate in un unico ampio periodo di imposta, che va dal 1996 sino al 31-12-2007. Tanto è vero che il comma 47 dell'art. 1 della legge 24-12-2007, n. 244 fa proprio riferimento, quanto ai maggiori valori di bilancio iscritti in occasione di operazioni straordinarie effettuate entro il periodo di imposta in corso al 31-12-2007, ai "disallineamenti ancora esistenti alla chiusura di detto periodo o nel periodo successivo", indicandoli nella loro sommatoria.

In tal senso depone il disposto del comma 5, seconda parte, dell'art. 1. Tale norma, nella prima parte, quando si riferisce ai valori assoggettati a tassazione "complessivamente" considerati, tiene conto dei valori delle operazioni straordinarie, realizzate in ciascun periodo di imposta, nel senso che se il contribuente ha effettuato più operazioni nello stesso anno, per l'applicazione delle aliquote calcolate in percentuale del valore, deve aversi riguardo a tutte le operazioni nel loro "complesso".

Del resto, l'Agenzia delle entrate nella circolare n. 57 del 25-9-2008, proprio in relazione all'art. 1 comma 5 del decreto ministeriale 25-7-2008 ("l'imposta sostitutiva si applica con l'aliquota del 12 per cento sulla parte dei maggiori valori assoggettato a tassazione *complessivamente* ricompresi nel limite di 5 milioni di euro"), ha chiarito, al paragrafo 3.3.5. che "il riferimento della lettera del citato comma ai maggiori valori *complessivamente* considerati comporta, in prima battuta, che, ai fini della determinazione dell'aliquota applicabile, rileva l'ammontare complessivo dei maggiori valori, *anche relativi a più operazioni di conferimento*, che l'impresa conferitaria intende affrancare nel *periodo d'imposta*", ossia che " qualora uno stesso soggetto sia destinatario di più conferimenti d'azienda, ai fini delle aliquote applicabili, occorre considerare la totalità dei maggiori valori che si intendono affrancare, cumulando tutte le operazioni effettuate *nel medesimo periodo di imposta*".

Dirimente è, però, la seconda parte dell'art. 1 comma 5 del citato DM del 25-7-2008, che si occupa, appunto, dei caso in cui le operazioni straordinarie da "riallineare" si riferiscano a due annualità diverse.

In tal caso, si stabiliscono le modalità con cui deve procedere il contribuente che intenda frazionare, ai fini fiscali, le operazioni straordinarie in due diversi periodi di imposta (come è previsto dalla norma: quindi nel primo o nel secondo periodo di imposta successivo a quello del compimento dell'operazione straordinaria), così riducendo gli importi per ciascun anno, con applicazione surrettizia di aliquote inferiori, in termini di percentuale, a quelle applicabili in caso di inserimento delle operazioni in un unico periodo di imposta, quindi per neutralizzare pratiche "elusive" della normativa ("Nel caso in cui, in relazione alla medesima operazione di conferimento, il soggetto conferitario si avvalga del regime dell'imposta sostitutiva in entrambi i periodi di esercitabilità dell'opzione, ai fini della determinazione dell'aliquota applicabile nel secondo dei suddetti periodi, assumono rilevanza anche le differenze di valore assoggettate a imposta sostitutiva nel primo periodo"). Pertanto, nel caso in cui il contribuente, proprio al fine di eludere la normativa, non inserisca

l'operazione imponibile in un'unica annualità, ma la suddivide tra il primo ed il secondo periodo di imposta successivi all'operazione, con una sorta di "spacchettamento", deve tenere conto, ai fini della determinazione dell'aliquota applicabile, anche della differenza di valore già assoggettata ad imposta sostitutiva nel primo periodo di imposta. In tal caso, quindi, deve essere considerato il valore complessivo dell'intera operazione compiuta.

Ciò implica che il meccanismo antielusivo si esplica sia per i disallineamenti anteriori al 31-12-2007 che per quelli successivi a tale data, proprio al fine di evitare che, tramite l'esercizio frazionato dell'opzione, siano posti in essere "arbitraggi di imposta".

Sussiste, quindi, una sorta di "parallelismo" nella disciplina tra le due tipologie di disallineamento, distinte in base all'anno di effettuazione delle operazioni straordinarie (prima del 31-12-2007 e dopo il 1-1-2008).

L'opzione va in entrambi i casi esercitata "distintamente" in relazione a ciascuna operazione di conferimento, ma nel caso in cui il contribuente intenda "riallineare" le operazioni straordinarie relative a più annualità, le stesse vanno considerate "complessivamente".

Del resto, nella relazione illustrativa al decreto ministeriale 25-7-2008, al paragrafo 13, si chiarisce che "considerando che l'opzione per la disciplina può essere esercitata dall'impresa in due periodi di imposta anche in relazione alla medesima operazione di conferimento, si è inteso evitare che un'applicazione graduale sia nel primo che nel secondo periodo potesse determinare sempre l'applicazione dell'aliquota relativa agli scaglioni più bassi".

Insomma, questa è la ratio legis, come desumibile sia dalla legge 24-12-2007, n. 24, sia dall'art. 1, commi 4, 5 e 10 del DM 25-7-2008, sia dalla relazione illustrativa del decreto ministeriale in esame, riferita proprio alle ipotesi in cui il "disallineamento" riguardi diversi periodi di imposta, come si verifica proprio per i disallineamenti unitariamente considerati verificatisi per operazioni straordinarie realizzate dal 1996 sino al 31-12-2007.

Le medesime regole sull'imposta sostitutiva, come detto, valgono anche per le

fusioni, mediante il richiamo dell'art. 176 comma 2 ter da parte dell'art. 172 comma 10 bis d.p.r. 917/1986, e per le scissioni, attraverso il richiamo dell'art. 176 comma 2 ter da parte del comma 15 bis dell'art. 173 d.p.r. 917/1986.

2.La sentenza impugnata deve essere cassata ma, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, può essere decisa nel merito, con il rigetto del ricorso originario della contribuente.

3.Le spese dell'intero giudizio vanno interamente compensate tra le parti per la novità della questione trattata e per la complessità dell'interpretazione della normativa di riferimento.

P.Q.M.

In accoglimento del ricorso, cassa la sentenza impugnata e, decidendo nel merito, rigetta il ricorso introduttivo della contribuente.

Compensa interamente tra le parti le spese dell'intero giudizio.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio del 19 dicembre 2018

Il Presidente

Ettore Cirillo

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Ettore Cirillo', is written over a horizontal line. The signature is stylized and cursive.