



# STRUMENTI

## LA FUSIONE

Data ultimo aggiornamento:  
**14 luglio 2017**

Ultimo documento considerato:  
**Risoluzione Agenzia delle Entrate n. 62/E del 24/05/2017**

# INDICE

## LA FUSIONE

PREMESSA .....	pag.	5
1. ASPETTI CIVILISTICI.....	pag.	5
1.1 Progetto di fusione.....	pag.	6
1.2 Situazione patrimoniale .....	pag.	7
1.3 Relazione dell'organo amministrativo .....	pag.	8
1.4 Relazione degli esperti .....	pag.	8
1.4.1 L'esonero dalla relazione degli esperti.....	pag.	9
1.5 La delibera di fusione .....	pag.	10
1.6 L'atto di fusione .....	pag.	11
1.7 La fusione semplificata.....	pag.	13
1.7.1 Fusione attuata mediante il leveraged buyout .....	pag.	13
1.7.2 Fusione per incorporazione di società interamente possedute.....	pag.	14
1.7.3 Fusione per incorporazione di società posseduta almeno al 90%.....	pag.	15
1.7.4 Fusione cui non partecipano società con capitale rappresentato da azioni ...	pag.	15
1.8 La Fusione inversa .....	pag.	16
1.8.1 Orientamento favorevole all'applicazione della disciplina relativa alle azioni proprie alla fusione inversa .....	pag.	16
1.8.2 Orientamento sfavorevole all'applicazione della disciplina relativa alle azioni proprie alla fusione inversa .....	pag.	17
2. ASPETTI CONTABILI.....	pag.	18
2.1 Documenti contabili nell'operazione di fusione .....	pag.	18
2.2 Situazione patrimoniale ai sensi dell' articolo 2501-quater del Codice Civile .....	pag.	18
2.2.1 Contenuto.....	pag.	18
2.2.2 Criteri di redazione della situazione patrimoniale.....	pag.	19
2.3 La determinazione del rapporto di cambio.....	pag.	20
2.4 Bilanci e situazioni patrimoniali di chiusura della società incorporata o fusa .....	pag.	22
2.4.1 Retroattività reddituale e contabile .....	pag.	23

2.4.2	Contabilizzazione della fusione in caso di retrodatazione degli effetti contabili.....	pag.	25
2.4.3	Contabilizzazione della fusione in caso di coincidenza degli effetti contabili e reali.....	pag.	28
2.5	Primo bilancio successivo alla fusione (articolo 2504-bis, comma 4, del Codice Civile).....	pag.	29
2.5.1	Il bilancio di apertura .....	pag.	30
2.6	Differenze di fusione .....	pag.	31
2.6.1	Il disavanzo di fusione: trattamento contabile.....	pag.	32
2.6.2	L'avanzo di fusione: trattamento contabile .....	pag.	37
2.7	Primo bilancio successivo all'operazione di fusione.....	pag.	39
2.8	Fusione inversa.....	pag.	39
2.8.1	Aspetti contabili.....	pag.	40
2.9	Il bilancio di fusione e il bilancio consolidato .....	pag.	44
2.10	Esempi.....	pag.	45
3.	ASPETTI FISCALI .....	pag.	47
3.1	Neutralità della fusione .....	pag.	48
3.1.1	Neutralità in capo alle società .....	pag.	48
3.1.2	Neutralità in capo ai soci .....	pag.	48
3.2	L'affrancamento del disavanzo di fusione .....	pag.	49
3.2.1	L'agevolazione introdotta dalla legge finanziaria 2007 (prima deroga alla neutralità fiscale) .....	pag.	50
3.2.2	L'agevolazione introdotta dalla legge finanziaria 2008 (seconda deroga alla neutralità fiscale) .....	pag.	52
3.2.3	Il riallineamento delle attività immateriali e delle altre attività dalle operazioni straordinarie prevista dal D.L. n. 185/2008 (terza deroga alla neutralità fiscale) .....	pag.	57
3.2.4	Le novità introdotte dalla Legge di stabilità 2016.....	pag.	65
3.2.5	Il bonus aggregazioni applicabile nel periodo d'imposta 2009 (quarta deroga alla neutralità fiscale).....	pag.	66
3.2.6	L'ipotesi di riallineamento introdotta dal D.L. 6 luglio 2011 n. 98 (quinta deroga alla neutralità fiscale).....	pag.	68
3.2.7	La disciplina di affrancamento prevista dalla Legge di stabilità 2014 (sesta deroga alla neutralità fiscale).....	pag.	73

3.3	La ricostituzione delle riserve in bilancio .....	pag. 74
3.3.1	Il regime fiscale dell'avanzo di fusione .....	pag. 76
3.4	Il riporto delle perdite fiscali .....	pag. 79
3.4.1	Disciplina generale .....	pag. 79
3.4.2	L'estensione delle limitazioni previste per le perdite fiscali agli interessi passivi indeducibili e alle eccedenze del rendimento nozionale derivanti dall'applicazione e dell'agevolazione ACE.....	pag. 83
3.4.3	I chiarimenti relativi al riporto delle perdite fiscali nella fusione.....	pag. 84
3.4.4	Il regime delle perdite per le fusioni retrodatate .....	pag. 89
3.4.5	Il rapporto tra il comma 7 dell'articolo 172 del TUIR e l'articolo 37-bis del D.P.R. n. 600/73 .....	pag. 92
3.5	Le regole di determinazione del reddito .....	pag. 93
3.6	Un caso particolare: la fusione inversa .....	pag. 94
3.7	Le imposte indirette.....	pag. 94
3.8	I comportamenti antielusivi: la nuova nozione di "abuso del diritto" .....	pag. 96
3.8.1	La normativa di riferimento.....	pag. 96
3.8.2	L'elusione nelle operazioni di fusione.....	pag. 97
3.9	Riporto delle perdite fiscali nelle fusioni con indebitamento (c.d. "operazioni di leveraged buy out").....	pag. 102
3.10	La fusione transnazionale .....	pag. 107
3.10.1	La normativa generale.....	pag. 107
3.10.2	La normativa fiscale .....	pag. 111

# LA FUSIONE

*a cura di Ceppellini Lugano & Associati*

**N.B.** Le parti evidenziate in grigio sono quelle che contengono gli aggiornamenti più recenti.

## PREMESSA

In questo lavoro si esamineranno gli aspetti civilistici, contabili e fiscali relativi all'operazione di fusione. Si terrà conto in particolare delle modifiche operate:

- dalla riforma del diritto societario (Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n. 6) e del sistema fiscale (Decreto Legislativo 12 dicembre 2003, n. 344);
- dal Decreto legge 4 luglio 2006, n. 223 (convertito nella legge 4 agosto 2006, n. 248);
- dalla legge 27 dicembre 2006, n. 296 (c.d. "legge finanziaria 2007");
- dalla legge 24 dicembre 2007, n. 244 (c.d. "legge finanziaria 2008");
- dal Decreto Ministeriale 25 luglio 2008.

## 1. ASPETTI CIVILISTICI

L'istituto della fusione è regolato dal Codice Civile in corrispondenza della sezione II del Titolo V (articoli da 2501 a 2505-*quater*).

In linea generale la fusione rappresenta l'unificazione di due o più società in una sola e può avere luogo *"mediante la costituzione di una società nuova o mediante l'incorporazione in una società di una o più altre"* (articolo 2501 del Codice Civile).

Nel primo caso, ovvero quando due o più società danno vita ad un'unica società nuova, si realizza la c.d. "fusione in senso stretto" (detta anche "fusione per unione"): in questa ipotesi le azioni o quote della società risultante dalla fusione sono assegnate ai soci delle società fuse in cambio di quelle da essi precedentemente detenute nelle società medesime.

Nel secondo caso, invece, ovvero quando una società già esistente incorpora una o più altre società, si ha la c.d. "fusione per incorporazione": in questa ipotesi la società incorporante sarà tenuta ad aumentare il proprio capitale sociale al fine di assegnare azioni o quote a favore dei soci delle società incorporate in concambio di quelle da questi detenute nelle incorporate stesse.

La fusione per incorporazione può avvenire anche in assenza di concambio: questa ipotesi si verifica nel caso in cui la società incorporante detenga, anteriormente alla fusione, una partecipazione totalitaria nella società incorporata.

Dal punto di vista soggettivo, stante l'ampio contenuto del comma 1 dell'articolo 2501 del Codice Civile, la fusione può aver luogo sia tra società dello stesso tipo (c.d. "fusione omogenea"), sia fra società di tipo diverso (c.d. "fusione eterogenea").

Viceversa, per espressa previsione normativa, la partecipazione alla fusione non è consentita alle società in liquidazione che abbiano già iniziato la distribuzione dell'attivo (articolo 2501, comma 2, del Codice Civile)<sup>1</sup>.

Venendo agli effetti prodotti dall'operazione, per espressa previsione normativa, la società che risulta dalla fusione (in caso di fusione per unione) ovvero quella incorporante (in caso di fusione per incorporazione) assumono i diritti e gli obblighi delle società estinte, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali,

<sup>1</sup> Oltre a questa ipotesi, la disciplina ante – riforma escludeva dall'operazione di fusione anche le società sottoposte a procedure concorsuali.

anteriori alla fusione (articolo 2504-bis). Si osserva che, attraverso il citato comma 1 dell'articolo 2504-bis il legislatore ha sostituito l'espressione di società "estinte" con quella di "società partecipanti alla fusione". A seguito di queste modifiche, quindi, deve ritenersi ormai accolto l'orientamento (già prevalente in passato) in base al quale l'operazione di fusione non è in grado di determinare alcun fenomeno successorio ma soltanto il subentro della società incorporante o della nuova società nella titolarità dei rapporti (anche processuali) anteriori alla fusione<sup>2</sup>.

A livello procedurale, l'operazione di fusione societaria si realizza mediante un'articolata procedura suddivisibile in due distinte fasi:

- una fase preparatoria, necessaria a garantire una completa informazione preventiva ai soci e ai terzi;
- una fase di attuazione che culmina con la redazione dell'atto di fusione.

Gli adempimenti propedeutici alla fusione si sostanziano in un complesso documentale così articolato:

- progetto di fusione (articolo 2501-ter);
- situazione patrimoniale (articolo 2501-quater);
- relazione dell'organo amministrativo (articolo 2501-quinquies);
- relazione degli esperti (articolo 2501-sexies).

## 1.1 Progetto di fusione

Il progetto di fusione costituisce il momento centrale e più significativo dell'intero procedimento di fusione. Il suo contenuto, infatti, è vincolante per le assemblee delle singole società chiamate a pronunciarsi sulla fusione.

Nello specifico, l'articolo 2501-ter statuisce che dal progetto di fusione devono in ogni caso risultare:

- il tipo, la denominazione o ragione sociale, la sede delle società partecipanti alla fusione;
- l'atto costitutivo della nuova società risultante dalla fusione o di quella incorporante, con le eventuali modificazioni derivanti dalla fusione;
- il rapporto di cambio delle azioni o quote, nonché l'eventuale conguaglio in denaro (*in allegato sono proposti un esempio di calcolo di rapporto di concambio nel caso di fusione per incorporazione ed uno nel caso di fusione propria*);
- le modalità di assegnazione delle azioni o quote della società che risulta dalla fusione o di quella incorporante;
- la data dalla quale tali azioni o quote partecipano agli utili;
- la data a decorrere dalla quale le operazioni delle società partecipanti alla fusione sono imputate al bilancio della società che risulta dalla fusione o di quella incorporante;
- il trattamento eventualmente riservato a particolari categorie di soci e ai possessori di titoli diversi dalle azioni;
- i vantaggi particolari eventualmente proposti a favore degli amministratori delle società partecipanti alla fusione.

Tra le informazioni che il progetto di fusione deve necessariamente fornire, particolare attenzione deve essere prestata al rapporto di cambio delle azioni o quote. Quest'ultimo, infatti, individua il numero di azioni o quote della società incorporante o risultante dalla fusione da attribuire ai soci delle società incorporate o fuse in cambio delle loro partecipazioni.

---

<sup>2</sup> Commentario al Codice Civile, AA.VV. IPSOA, 2005, p. 1901.

Qualora non sia possibile assegnare ad un socio un numero intero di azioni o di quote, il comma 2 dell'articolo 2501-*ter* ammette la possibilità di assegnare un conguaglio in danaro, che, in ogni caso, non potrà essere superiore al 10% del valore nominale delle azioni o quote assegnate in seguito all'operazione di fusione.

In ogni caso va detto che il progetto di fusione deve limitarsi ad indicare il solo valore del rapporto di cambio; tutte le informazioni relative alla sua determinazione devono essere esplicitate nella relazione che l'organo amministrativo è tenuto a redigere per illustrare e giustificare lo stesso progetto di fusione. Quest'ultimo, poi, come sopra accennato, deve altresì indicare le modalità di assegnazione delle azioni o quote della società risultante dalla fusione o incorporante. In particolare dovrà essere precisato se le azioni o quote vengono assegnate:

- mediante un aumento di capitale;
- attribuendo azioni proprie eventualmente a disposizione dell'incorporante;
- attribuendo azioni dei soci dell'incorporante che hanno preventivamente accettato di ridurre la propria partecipazione.

Si ricorda che, secondo l'orientamento che è stato espresso in giurisprudenza, se in un'operazione di fusione il rapporto di cambio dovesse rilevarsi incongruo (stante la non veridicità – per sottovalutazione – della situazione patrimoniale di una delle società che partecipano all'operazione) al socio che dovesse avere subito il concambio sfavorevole spetta il risarcimento del danno subito. In particolare, in questo caso, il risarcimento è pari al valore delle azioni ottenute in concambio rispetto al valore delle azioni che il socio avrebbe ottenuto se il concambio fosse stato congruo (Cassazione, 21 luglio 2016 n. 15025).

Per ciò che concerne poi le forme di pubblicità, è d'uopo sottolineare che il progetto di fusione deve essere depositato per l'iscrizione nel registro delle imprese del luogo ove hanno sede le società partecipanti alla fusione (articolo 2501-*ter*, comma 3). In alternativa al deposito presso il registro delle imprese il progetto può essere pubblicato nel sito Internet della società con modalità atte a garantire la sicurezza del sito stesso, l'autenticità dei documenti e la certezza della data di pubblicazione (articolo 2501-*ter*, comma 3, così come modificato dall'articolo 1, comma 1, del D.Lgs. 22 giugno 2012 n. 123).

In particolare, tra la data di iscrizione del progetto (o di pubblicazione sul sito internet) e quella fissata per la decisione in ordine alla fusione devono trascorrere almeno trenta giorni, fatto salvo il caso in cui i soci rinuncino a tale termine con consenso unanime (articolo 2501-*ter*, comma 4).

## 1.2 Situazione patrimoniale

Ai sensi dell'articolo 2501-*quater* del Codice Civile, gli organi amministrativi delle società partecipanti alla fusione sono tenuti a redigere la situazione patrimoniale delle società stesse riferita ad una data non anteriore di oltre centoventi giorni dal giorno in cui il progetto di fusione è stato depositato presso la sede della società (ovvero pubblicato sul sito Internet di questa). In relazione alla struttura e al contenuto del documento in questione, il legislatore ha chiarito che nella sua redazione devono essere osservate le norme previste per il bilancio d'esercizio.

In buona sostanza, quindi, il documento in esame rappresenta un vero e proprio bilancio infrannuale (composto da Stato patrimoniale, Conto Economico e Nota integrativa) la cui funzione prevalente è quella di fornire ai creditori sociali informazioni per il consapevole esercizio del diritto di opposizione previsto dall'articolo 2503 del Codice Civile.

Per espressa previsione normativa, la situazione patrimoniale può essere sostituita dal bilancio d'esercizio se questo si è chiuso non oltre sei mesi prima del giorno in cui il progetto di fusione è stato depositato presso la sede sociale (articolo 2501-*quater*, comma 2), ovvero pubblicato sul sito Internet di questa. Per le società quotate in mercati regolamentati, la situazione patrimoniale può essere sostituita dalla relazione finanziaria semestrale prevista dalle leggi speciali, purché non riferita ad una data antecedente sei mesi dal giorno di deposito o pubblicazione della situazione patrimoniale.

Infine, la situazione patrimoniale non è richiesta nel caso in cui vi sia un'espressa rinuncia in tal senso da parte dei soci e dei possessori di altri strumenti finanziari che attribuiscono il diritto di voto di ciascuna delle società che partecipano alla fusione.

### 1.3 Relazione dell'organo amministrativo

Secondo quanto disposto dall'articolo 2501-*quinquies* del Codice Civile, l'organo amministrativo delle società partecipanti alla fusione è tenuto a redigere una relazione di accompagnamento al progetto da presentare all'assemblea dei soci chiamata a deliberare in merito alla fusione. In particolare la relazione in esame è finalizzata ad illustrare e giustificare, sotto il profilo giuridico ed economico, il progetto di fusione e, in particolare, il rapporto di cambio delle azioni o quote.

L'organo amministrativo deve, quindi, fornire considerazioni in merito ai metodi di valutazione seguiti nella determinazione del valore economico delle società partecipanti alla fusione, evidenziando come tali metodi abbiano influito nella determinazione del rapporto di cambio, oltre a segnalare le eventuali difficoltà incontrate nella sua determinazione.

In sostanza la relazione in esame deve contenere:

- l'illustrazione e la giustificazione, sotto il profilo giuridico ed economico, del progetto di fusione e, in particolare, del rapporto di cambio;
- i criteri di determinazione del rapporto di cambio;
- le eventuali difficoltà di valutazione dello stesso.

L'organo amministrativo segnala ai soci in assemblea e all'organo amministrativo delle altre società che partecipano alla fusione le modifiche rilevanti degli elementi dell'attivo e del passivo che sono eventualmente intervenute tra la data in cui il progetto di fusione è stato depositato presso la sede della società (ovvero pubblicato nel sito Internet di questa) e la data della decisione sulla fusione.

La relazione in esame non è richiesta in caso di rinuncia all'unanimità da parte dei soci e dei possessori di altri strumenti finanziari che attribuiscono il diritto di voto di ciascuna delle società partecipanti alla fusione.

### 1.4 Relazione degli esperti

L'apparato documentale preparatorio all'operazione di fusione è completato dalla relazione degli esperti (articolo 2501-*sexies*). Essa si sostanzia in un parere motivato sulla congruità del rapporto di cambio e deve indicare:

- il metodo o i metodi seguiti ed i valori risultanti dall'applicazione di ciascuno di essi;
- le eventuali difficoltà di valutazione.

Oltre a quanto sopra la relazione deve contenere un parere in merito all'adeguatezza del metodo (o dei metodi) seguito per la determinazione del rapporto di cambio e sull'importanza relativa attribuita a ciascuno di essi nella determinazione del valore adottato (articolo 2501-*sexies*, comma 2).

Se la società incorporante (o la società risultante dalla fusione) è una società per azioni o in accomandita per azioni, gli esperti devono essere designati (da parte del Tribunale del luogo in cui ha sede la società) tra i soggetti iscritti nell'albo dei revisori contabili ovvero tra le società di revisione iscritte nell'apposito albo. Se la società è quotata su mercati regolamentati, l'esperto deve essere scelto fra le società di revisione. In tutti gli altri casi l'esperto può essere scelto dalle stesse società che partecipano alla fusione sempre tra i medesimi soggetti (revisori contabili o società di revisione).

Secondo l'orientamento espresso dal Consiglio notarile di Milano (massima n. 28/2004), qualora la società incorporante o quella risultante dalla fusione non sia una società per azioni, non si può escludere che alcune oppure la totalità delle società partecipanti alla fusione scelgano un esperto comune; in questo caso, però, gli amministratori sono tenuti ad effettuare questo tipo di scelta in modo tale da non compromettere le esigenze di imparzialità e indipendenza dell'esperto o degli esperti comuni.



Ai sensi del comma 7 dell'articolo 2501-sexies, nel caso di fusione di società di persone con società di capitali, agli esperti incaricati di redigere la relazione sulla congruità del rapporto di cambio delle azioni o quote è altresì affidato il compito di redigere la relazione di stima del patrimonio della società di persone ai sensi dell'articolo 2343 del Codice Civile. Secondo il Consiglio notarile di Milano (massima n. 27/2004), la disposizione in esame presuppone che:

- almeno una delle società partecipanti alla fusione sia una società di persone;
- la società risultante dalla fusione, se di nuova costituzione, sia una società di capitali o, in caso di società preesistente, sia una società di capitali che deliberi un aumento di capitale sociale a seguito della fusione stessa.

In particolare, poi, in questa ipotesi:

- a) non è necessaria la relazione di stima del perito in caso di incorporazione in società di capitali preesistenti di società di persone interamente possedute ovvero qualora non si proceda ad un aumento di capitale sociale della società di capitali incorporante (e ciò in quanto in questo caso non si hanno modifiche delle compagini sociali, anche in termini di quote di partecipazione possedute);
- b) la relazione di stima degli esperti deve essere redatta nel caso in cui i soci della società di capitali (incorporante) assicurino ai soci della società di persone (incorporata) le azioni o quote da assegnare in concambio mediante restringimento delle proprie partecipazioni detenute nell'incorporante (tuttavia, in questo caso, non è necessario procedere alla redazione della relazione di stima del patrimonio sociale della società di persone).

### 1.4.1 L'esonero dalla relazione degli esperti

Secondo quanto previsto dall'articolo 2501-sexies, comma 8, del codice civile, per le operazioni di fusione che riguardano società per azioni, la relazione degli esperti sulla congruità del rapporto di cambio non è richiesta nell'ipotesi di rinuncia espressa deliberata all'unanimità da parte dei soci di ciascuna società partecipante alla fusione e dai possessori di altri strumenti finanziari che attribuiscono il diritto di voto (viceversa resta confermata la necessità di redazione della relazione di stima del patrimonio delle società di persone a norma dell'articolo 2343 del codice civile richiesta a garanzia dell'effettività del capitale sociale).

Questa disposizione, attuativa della direttiva 2007/63/CE del Parlamento Europeo relativa alle fusioni transfrontaliere e della Legge 7 luglio 2009 n. 88 (Legge Comunitaria 2008), è stata introdotta dall'articolo 1 del Decreto Legislativo 13 ottobre 2009 n. 147 (pubblicato nella G.U. del 31 ottobre 2009 n. 254).

Analogamente a quanto sopra, anche per le operazioni di fusione effettuate da società con capitale non rappresentato da azioni (ovvero per tutte le società diverse dalle S.p.a. e dalle S.a.p.a.) il Decreto Legislativo n. 147/2009 ha eliminato dall'articolo 2505-quater la precedente disposizione che prevedeva la possibilità di derogare alle disposizioni previste dall'articolo 2501-sexies del codice civile previo consenso unanime da parte di tutti i soci delle società partecipanti alla fusione (da ciò deriva, quindi, che l'esclusione dall'obbligo di redazione della relazione degli esperti risulta applicabile per tutte le operazioni di fusione, a prescindere dal tipo di società partecipante).

Per effetto delle modifiche sopra illustrate, quindi, l'obbligo di deposito della relazione degli esperti presso la sede della società previsto dall'articolo 2501-septies, comma 1, numero 1, del codice civile risulterà inapplicabile nell'ipotesi in cui la totalità dei soci dovesse avere rinunciato alla redazione della stessa in conformità a quanto previsto dal citato comma 8 dell'articolo 2501-sexies del codice civile.

Infine si segnala che, in virtù della norma transitoria prevista dall'articolo 2 del D.Lgs. n. 147/2009, le nuove disposizioni sopra citate sono applicabili alle operazioni di fusione per le quali il relativo progetto non è stato ancora approvato dai relativi organi competenti (assemblea dei soci ovvero organo amministrativo) di ciascuna società partecipante alla data del 15 novembre 2009 (data di entrata in vigore del D.Lgs. n. 147/2009).

## 1.5 La delibera di fusione

Per consentire ai soci di venire in possesso di tutte le informazioni necessarie per valutare appieno l'operazione in corso, l'articolo 2501-septies prevede, durante i trenta giorni che precedono la decisione in ordine all'operazione e finché venga deliberata la fusione, l'obbligo di deposito presso la sede delle singole società partecipanti alla fusione (ovvero di pubblicare sul sito interne delle società stesse), delle copie relative ai seguenti documenti:

- il progetto di fusione, unitamente (ove redatti) alla:
  - relazione dell'organo amministrativo ai sensi dell'articolo 2501-quinquies;
  - relazione degli esperti ai sensi dell'articolo 2501-sexies;
- i bilanci degli ultimi tre esercizi delle società partecipanti alla fusione con:
  - le relazioni dei soggetti cui compete l'amministrazione;
  - le relazioni dei soggetti cui compete il controllo contabile;
  - le situazioni patrimoniali delle società partecipanti alla fusione redatte a norma dell'articolo 2501-quater (ovvero, nel caso previsto dall'articolo 2501-quater, secondo comma, la relazione finanziaria semestrale).

La volontà del legislatore di consentire ai soci di acquisire tutte le informazioni necessarie per un voto consapevole trova conferma nel diritto riconosciuto ai soci stessi di prendere visione dei documenti depositati presso la sede sociale, dei quali è possibile chiedere gratuitamente copia.

Su richiesta del socio, le copie possono essere trasmesse telematicamente. La società non è tenuta a fornire copia dei documenti, qualora gli stessi siano stati pubblicati sul sito Internet della stessa dal quale sia possibile effettuarne liberamente la copia o la stampa (articolo 2501-septies, comma 2, così come modificato dal D.Lgs. 22 giugno 2012 n. 123).

La norma prevede il rispetto del termine dei 30 giorni, fatto salvo il caso in cui i soci rinuncino a tale termine con consenso unanime (articolo 2501-ter, comma 4, Codice Civile).

Conclusasi la fase preparatoria finora descritta, si perviene alla deliberazione di fusione. L'articolo 2502 del Codice Civile statuisce che la fusione deve essere deliberata da ciascuna delle società che vi partecipano mediante l'approvazione del relativo progetto. È, inoltre, previsto che, se l'atto costitutivo o lo statuto non dispongono diversamente, i quorum deliberativi da assumere devono essere i seguenti:

- a) per quanto riguarda le società di persone l'approvazione deve avvenire con il consenso della maggioranza dei soci determinata secondo la parte attribuita a ciascuno negli utili. È fatto salvo il diritto di recesso per il socio che non abbia consentito alla fusione<sup>3</sup>;
- b) per le società di capitali le maggioranze richieste sono quelle previste per la modificazione dell'atto costitutivo e dello statuto. A questo riguardo può essere opportuno osservare che:
  - in prima convocazione, l'assemblea straordinaria di una società per azioni delibera con il voto favorevole di tanti soci che rappresentino più della metà del capitale sociale. Per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, l'assemblea straordinaria è regolarmente costituita con la presenza di tanti soci che rappresentino almeno la metà del capitale sociale e delibera con il voto favorevole di almeno i due terzi del capitale rappresentato in assemblea (articolo 2368 del Codice Civile);
  - in seconda convocazione, l'assemblea straordinaria di una società per azioni è regolarmente costituita con la partecipazione di oltre un terzo del capitale sociale e delibera con il voto favorevole di almeno i due terzi del capitale rappresentato in assemblea (articolo 2369 del Codice Civile);

<sup>3</sup> Si segnala che ante riforma era necessario il consenso unanime dei soci.

- per le società a responsabilità limitata: l'assemblea è regolarmente costituita con la presenza di tanti soci che rappresentano almeno la metà del capitale sociale e delibera con il voto favorevole dei soci che rappresentano almeno la metà del capitale sociale (articolo 2479-bis del Codice Civile).

Come evidenziato dal Consiglio Notarile di Milano con la massima n. 21/2004, nel caso in cui siano introdotte clausole statutarie nuove o difformi rispetto ai *quorum* previsti dal Codice Civile per l'adozione delle modifiche statutarie (sopra illustrate), la delibera di fusione dovrà essere approvata con il voto favorevole di queste maggioranze più elevate.

Le delibere di fusione delle singole società, unitamente ai documenti previsti dall'articolo 2501-septies del Codice Civile, devono essere depositate per l'iscrizione nel registro delle imprese secondo le regole stabilite dall'articolo 2436 del Codice Civile. La data di iscrizione risulta essere importante ai fini della normativa in materia di opposizione dei creditori.

Infatti, l'articolo 2503 del Codice Civile dispone che l'operazione di fusione può essere attuata solo dopo che siano decorsi sessanta giorni dalla data di iscrizione nel registro delle imprese (ovvero di pubblicazione nel sito Internet) dell'ultima delibera delle società che vi partecipano (a tal riguardo, in base all'orientamento espresso dal Tribunale di Milano con l'ordinanza 14 novembre 2011<sup>4</sup>, poi confermata dalla direttiva 27 novembre 2012 del Registro delle Imprese di Milano, il termine di 60 giorni in esame è interrotto nel periodo di sospensione estiva dei termini previsto dalla legge 7 ottobre 1969, n. 742, ovvero il periodo 1° Agosto – 15 Settembre).

Il rispetto di questo termine non è però necessario qualora consti il consenso di tutti i rispettivi creditori anteriori all'iscrizione nel registro delle imprese del progetto di fusione o il pagamento dei creditori che non hanno dato il consenso o il deposito delle somme corrispondenti presso una banca, salvo che la relazione degli esperti prevista dall'articolo 2501-sexies sia redatta, per tutte le società partecipanti alla fusione, da un'unica società di revisione, la quale asseveri, sotto la propria responsabilità, che la situazione patrimoniale e finanziaria delle società partecipanti alla fusione rende non necessarie garanzie a tutela dei suddetti creditori<sup>5</sup>.

La massima n. 57/2004 del Consiglio notarile di Milano ha precisato che, al fine di consentire il perfezionamento dell'atto di fusione prima del termine per l'opposizione dei creditori ai sensi dell'articolo 2503, comma 1, del Codice Civile, il deposito delle somme a garanzia dei creditori deve essere vincolato sino alla scadenza del termine stesso; inoltre, allo scopo di precludere ai creditori, che non sono stati pagati o che non hanno dato il proprio consenso, di fare opposizione, è necessario che il deposito delle somme medesime resti vincolato sino all'estinzione dei corrispondenti debiti.

Nel suddetto termine di sessanta giorni i sopra citati creditori possono proporre opposizione alla fusione. L'opposizione sospende l'attuazione dell'operazione fino all'esito del relativo giudizio. Il tribunale può, tuttavia, disporre che la fusione abbia ugualmente luogo qualora ritenga infondato il pericolo di pregiudizio per i creditori oppure la società abbia prestato idonea garanzia.

Nel caso in cui all'operazione di fusione non prendano parte società con capitale rappresentato da azioni, l'articolo 2505-quater prevede che il suddetto termine di sessanta giorni sia ridotto alla metà, ovvero la fusione può essere attuata solamente dopo trenta giorni dall'ultima delle iscrizioni previste dall'articolo 2502-bis del Codice Civile.

## 1.6 L'atto di fusione

<sup>4</sup> In Giur. It., giugno 2012, pagina 1351

<sup>5</sup> A tal riguardo la massima n. 57/2004 del Consiglio notarile di Milano ha evidenziato che, al fine di consentire il perfezionamento della fusione anteriormente al termine di opposizione dei creditori, il deposito delle somme a garanzia dei creditori deve essere vincolato sino alla scadenza del termine medesimo e deve prevedere che il vincolo perduri sino all'estinzione del debito, qualora il tribunale ritenga fondato il pericolo di pregiudizio per i creditori ai sensi dell'articolo 2445, comma 4, del Codice Civile. Oltre a quanto sopra, allo scopo di precludere ai creditori che non siano stati pagati o che non abbiano dato il proprio consenso, la facoltà di fare opposizione, è necessario che il deposito delle somme sia vincolato sino all'estinzione dei debiti corrispondenti.

Il procedimento di fusione si conclude con la stipulazione dell'atto di fusione (articolo 2504 del Codice Civile) da parte dei legali rappresentanti delle società interessate, dando così attuazione alle relative delibere assembleari. L'atto di fusione, che nella fusione in senso stretto funge da atto costitutivo della nuova società, deve essere sempre redatto in forma di atto pubblico, anche se la società incorporante o la nuova società risultante dalla fusione è una società di persone.

L'atto di fusione rappresenta, pertanto, un vero e proprio contratto, anche se il contenuto dello stesso è predeterminato dalle deliberazioni delle società partecipanti all'operazione. Queste deliberazioni sono, infatti, vincolanti all'interno di ciascuna società, ma tra le società partecipanti alla fusione l'unificazione dei rispettivi contratti non può che avvenire tramite un contratto di cui sono parti le società stesse.<sup>6</sup>

L'atto di fusione è soggetto a pubblicità legale e deve essere depositato entro trenta giorni per l'iscrizione nel registro delle imprese dei luoghi ove è posta la sede delle società partecipanti alla fusione, di quella che ne risulta o della società incorporante a cura del notaio o dei soggetti cui compete l'amministrazione della società (incorporante o risultante dalla fusione). Il deposito relativo alla società risultante dalla fusione o di quella incorporante non può precedere quelli relativi alle altre società partecipanti alla fusione.

Nel momento in cui sono completati gli adempimenti pubblicitari richiesti per l'atto di fusione (pubblicità costitutiva) il procedimento si considera ultimato. L'articolo 2504-bis del Codice Civile individua in maniera inequivocabile la data di effetto della fusione, stabilendo che l'operazione in questione ha efficacia nei confronti dei terzi a decorrere dall'ultima iscrizione dell'atto di fusione nel registro delle imprese. A partire da tale data, le società fuse o incorporate si estinguono e la società risultante dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo inoltre in tutti i loro rapporti, anche processuali, sorti anteriormente alla fusione.

Con riferimento a quanto sopra il Consiglio Notarile di Milano (massima n. 56/2004) ha riconosciuto la possibilità che, nell'ipotesi di fusione per incorporazione di due o più società, l'atto di fusione possa prevedere che l'operazione abbia effetto da più date successive all'iscrizione nel registro delle imprese (in questo senso, infatti, l'indicazione di una pluralità di date da un lato non lede il principio della determinatezza delle date di efficacia della fusione e dall'altro non impedisce a terzi la conoscibilità del termine stesso).

In caso di fusione per incorporazione è tuttavia possibile postdatare il momento a decorrere dal quale la fusione produce i suoi effetti; tale possibilità non è invece concessa per le fusioni proprie. Infatti, mentre nella fusione per incorporazione i negozi giuridici compiuti successivamente al deposito dell'atto di fusione fino alla data di effetto dell'operazione possono continuare ad essere imputati alle singole società partecipanti, nella fusione propria un'eventuale postdatazione produrrebbe una situazione di incertezza. In altre parole, diventerebbe difficile "*concepire un soggetto giuridico (la società risultante dalla fusione) esistente (in quanto la fusione è stata regolarmente stipulata e resa pubblica) ma privo di patrimonio (in quanto la fusione non ha ancora prodotto i suoi effetti) e dunque incapace di fungere da centro di imputazione di responsabilità*".<sup>7</sup>

Alcuni effetti interni della fusione possono invece essere retrodatati. Ciò vale sia per le fusioni proprie sia per quelle per incorporazione.

In particolare è possibile retrodatare gli effetti delle fusioni limitatamente:

- alla data dalla quale le azioni o quote derivanti dalla società risultante dalla fusione o incorporante partecipano agli utili;
- alla data dalla quale le operazioni delle società partecipanti alla fusione sono imputate al bilancio della società che risulta dalla fusione o di quella incorporante.

<sup>6</sup> Cfr. C. Santagata, *L'atto di fusione: modalità di stipulazione, iscrizione, retrodatazione degli effetti*, in *Società*, 1986, pagina 960 e seguenti.

<sup>7</sup> Cfr. Relazione di accompagnamento al Decreto Legislativo 16 gennaio 1991, n. 22.

La retrodatazione, quindi, è solo di natura contabile, con effetti unicamente tra le parti<sup>8</sup>. Peraltro, considerato che la retrodatazione degli effetti della fusione è consentita anche ai fini fiscali, riportando gli effetti della fusione all'inizio del periodo d'imposta delle società partecipanti si evita il sorgere di una frazione di esercizio autonoma per le società fuse o incorporate.

Da ultimo, va fatto un cenno all'invalidità della fusione. L'articolo 2504-*quater* del Codice Civile stabilisce che, una volta eseguite le iscrizioni dell'atto di fusione prescritte per legge, l'invalidità della fusione non può più essere pronunciata. E ciò senza eccezione alcuna. A partire da tale momento il ritorno al passato non è più possibile e resta salvo solo il diritto al risarcimento dei danni eventualmente spettante ai soci o ai terzi danneggiati dalla fusione, che potranno perciò a tal fine agire nei confronti degli amministratori delle società partecipanti alla fusione e/o della società risultante dalla stessa<sup>9</sup>.

## 1.7 La fusione semplificata

Il Codice Civile, dopo aver dettato le norme generali sulla fusione propriamente detta o per incorporazione (articolo 2501, comma 1, del Codice Civile), individua quattro tipi distinti di fusione per i quali è prevista una procedura semplificata. In particolare:

- la fusione attuata previa acquisizione della società *target*, con indebitamento (articolo 2501-*bis*);
- la fusione per incorporazione di società interamente possedute (articolo 2505);
- la fusione per incorporazione di società possedute almeno al novanta per cento (articolo 2505-*bis*);
- la fusione cui non partecipano società con capitale rappresentato da azioni (articolo 2505-*quater*).

### 1.7.1 Fusione attuata mediante il *leveraged buyout*

Il *leveraged buyout* rappresenta uno strumento utilizzato per diventare diretti proprietari di una società attraverso finanziamenti esterni garantiti dalla stessa società acquisita. Tale operazione si articola come segue:

- costituzione di una società *ad hoc* (veicolo);
- acquisizione di un prestito finalizzato all'acquisizione di un'altra società preesistente (*target*), garantito dalla stessa *target*;
- fusione per incorporazione con annullamento delle azioni della società *target* precedentemente acquisite.

In questo modo l'acquirente rimborserà il finanziamento grazie alle risorse patrimoniali ed economiche della società acquisita per incorporazione<sup>10</sup>.

Oltre alla disciplina generale prevista per le fusioni, sono previste regole *ad hoc* per questo tipo di operazione (articolo 2501-*bis*). In particolare:

- il progetto di fusione deve indicare le risorse finanziarie previste per il soddisfacimento delle obbligazioni della società risultante dalla fusione;
- la relazione dell'organo amministrativo:

<sup>8</sup> Può, ad esempio, essere utile retrodatare gli effetti della fusione alla data di chiusura degli esercizi delle società partecipanti.

<sup>9</sup> Cfr. G. F. Campobasso, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, UTET, Torino, 1999, pagina 587.

<sup>10</sup> Prima della riforma societaria questo tipo di operazione non era espressamente regolata dal Codice Civile; ciò comportava il sorgere del dubbio sul suo possibile contrasto con il divieto alle società di accordare prestiti per l'acquisto o la sottoscrizione delle proprie azioni (articolo 2358 del Codice Civile). L'introduzione dell'articolo 2501-*bis* a seguito della riforma del diritto societario ha inteso disciplinare specificamente questa operazione contribuendo altresì a conferire alla stessa un quadro di maggior certezza giuridica.

- deve indicare le ragioni che giustificano l'operazione;
- deve contenere un piano economico e finanziario con l'indicazione della fonte delle risorse finanziarie e la descrizione degli obiettivi che si intendono raggiungere;
- la relazione degli esperti deve attestare la ragionevolezza delle indicazioni contenute nel progetto di fusione;
- al progetto di fusione deve essere allegata una relazione della società di revisione incaricata della revisione contabile obbligatoria della società *target* o della società veicolo;
- non si applica la procedura semplificata prevista per l'incorporazione di società interamente possedute (articolo 2505) o possedute almeno al novanta per cento (articolo 2505-bis).

Come chiarito dalla massima n. 60/2004 del Consiglio notarile di Milano:

- l'attestazione richiesta dall'articolo 2501-bis, comma 4, del Codice Civile nella relazione degli esperti in merito alla ragionevolezza delle indicazioni contenute nel progetto di fusione deve essere resa anche nell'ipotesi di incorporazione di società interamente possedute o, comunque, in ogni altra ipotesi in cui non è richiesto il parere di congruità sul rapporto di cambio (e ciò in quanto si tratta di giudizi differenti ed autonomi l'uno dall'altro);
- l'asseverazione della società di revisione può essere resa anche nell'ipotesi di fusione per incorporazione di società interamente posseduta o, comunque, in ogni altra ipotesi in cui non sia richiesto il parere di congruità sul rapporto di cambio.

## 1.7.2 Fusione per incorporazione di società interamente possedute

Viene prevista una procedura semplificata (articolo 2505) per la fusione per incorporazione di una società interamente posseduta. In questa ipotesi, infatti, nel progetto di fusione non devono essere indicati:

- il rapporto di cambio delle azioni o quote, nonché l'eventuale conguaglio in denaro;
- le modalità di assegnazione delle azioni o delle quote della società che risulta dalla fusione o di quella incorporante;
- la data dalla quale tali azioni o quote partecipano agli utili.

Inoltre non devono essere redatte la relazione degli amministratori e quella degli esperti.

Una rilevante agevolazione è quella che permette di sottrarre all'assemblea dei soci, e di devolvere all'organo amministrativo, la decisione in ordine alla fusione, che in ogni caso deve risultare da atto pubblico. Tale facoltà deve, però, essere prevista dall'atto costitutivo o dallo statuto.

La massima n. 24/2004 elaborata dal Consiglio notarile di Milano stabilisce che la fusione può essere deliberata dall'organo amministrativo anche qualora il possesso dell'intero capitale della società incorporata non sussista al momento di approvazione del progetto di fusione, in quanto il requisito del possesso totalitario delle quote o azioni può essere soddisfatto nel corso del procedimento di fusione e necessariamente entro la stipula dell'atto di fusione (in buona sostanza, quindi, viene concessa la possibilità di adottare la procedura semplificata di fusione anche qualora il requisito del possesso totalitario non sussista né al momento di approvazione del progetto di fusione né al momento in cui viene deliberata la fusione).

Nel caso in cui la fusione sia deliberata dall'organo amministrativo il progetto di fusione dovrà contenere tutti gli elementi dell'articolo 2501-ter e dovrà essere depositato, ovvero pubblicato nel sito Internet delle rispettive società (così come i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi di tutte le società coinvolte nella fusione) entro 30 giorni presso la sede delle società partecipanti.

I soci che rappresentano almeno il 5% del capitale sociale possono in ogni caso chiedere che la decisione in ordine alla fusione sia presa dall'assemblea.



### 1.7.3 Fusione per incorporazione di società posseduta almeno al 90%

Qualora si verifichi questo tipo di operazione sia la società incorporante sia la società incorporata sono esonerate dalla redazione della relazione degli esperti qualora la società incorporante dia la possibilità alla restante compagine sociale della società incorporata di cedere le proprie azioni a un prezzo non inferiore a quello previsto nelle ipotesi di recesso (articolo 2505-bis).

Come chiarito dalla Massima n. 58/2004 del Consiglio Notarile di Milano, per poter omettere la relazione degli esperti, il progetto di fusione deve contenere in ogni caso:

- la determinazione del rapporto di cambio e l'eventuale previsione dell'aumento di capitale della società incorporante (necessario per assicurare il concambio);
- l'impegno rivolto agli altri soci della o delle società incorporante di acquistare o fare acquistare le loro azioni o quote per un corrispettivo determinato alla stregua dei criteri previsti per il recesso<sup>11</sup>.

Analogamente a quanto disposto per le incorporazioni di società interamente possedute, anche nella fusione in esame lo statuto può prevedere che la delibera di incorporazione venga approvata dall'organo amministrativo (e non dall'assemblea), purché la stessa risulti da atto pubblico e sempre che, sia il progetto di fusione sia i bilanci delle società coinvolte nella fusione relativi ai tre precedenti esercizi siano depositati presso la sede della società nei 30 giorni prima della data fissata per la delibera dell'organo amministrativo in merito alla fusione<sup>12</sup>.

Analogamente alla fusione per incorporazione di società interamente possedute, la fusione per incorporazione di società possedute almeno per il 90% può essere deliberata dall'organo amministrativo anche qualora il possesso del 90% delle quote o azioni dell'incorporata non sussista al momento di approvazione del progetto di fusione, in quanto il requisito del possesso, almeno per il 90%, delle quote o azioni può essere soddisfatto nel corso del procedimento di fusione e necessariamente entro la stipula dell'atto di fusione (massima n. 24/2004 del Consiglio notarile di Milano).

Inoltre, in questo caso è previsto che l'iscrizione del progetto di fusione nel registro delle imprese sia effettuato dalla società incorporante almeno un mese prima della data fissata per la decisione sulla fusione dalla società incorporata.

I soci della società incorporante che rappresentano almeno il 5% del capitale sociale possono chiedere che il progetto di fusione debba essere approvato dall'assemblea dei soci.

### 1.7.4 Fusione cui non partecipano società con capitale rappresentato da azioni

Si tratta delle fusioni che possono interessare, a titolo esemplificativo, l'unione di due o più società a responsabilità limitata ovvero la fusione tra una società in nome collettivo e una società a responsabilità limitata. Le deroghe previste per questo tipo di operazioni possono così riassumersi:

---

<sup>11</sup> In particolare il progetto di fusione o, successivamente, la deliberazione dovranno contenere le modalità e il termine per l'esercizio di questo diritto; nel caso di incorporazione di S.p.a., inoltre, i soci avranno il diritto di conoscere la determinazione del prezzo nei quindici giorni precedenti la data fissata per l'assemblea, in applicazione dell'articolo 2437-ter, comma 5, del Codice Civile.

<sup>12</sup> In senso analogo la massima n. 58/2004 del Consiglio Notarile di Milano ha riconosciuto la competenza dell'organo amministrativo a deliberare la fusione (previa indicazione in tal senso nell'atto costitutivo o statuto della società incorporante) a condizione che:

- a) si sia proceduto al deposito presso la sede sociale della società incorporante dei documenti (tutti) previsti dall'articolo 2501-septies del Codice Civile (ovvero il progetto di fusione, la relazione dell'organo amministrativo e degli esperti, i bilanci degli ultimi tre esercizi e le situazioni patrimoniali delle società partecipanti) durante i trenta giorni che precedono la decisione dell'organo amministrativo della società incorporante (con facoltà di rinuncia da parte dei soci della società incorporante stessa);
- b) il progetto di fusione sia stato iscritto nel registro delle imprese in cui ha sede la società incorporante almeno trenta giorni prima della data fissata per la decisione di fusione da parte della società incorporanda (termine rinunciabile da parte dei soci della o delle società incorporante) e, comunque, purché siano decorsi almeno otto giorni dal deposito previsto dal terzo comma dell'articolo 2501-ter del Codice Civile effettuato presso il registro delle imprese della società incorporante.

- è consentita la partecipazione alla fusione anche alle società in liquidazione che abbiamo iniziato la distribuzione dell'attivo;
- in deroga alle disposizioni generali (articolo 2501-ter, comma 2), il conguaglio in denaro può essere superiore al 10% del valore nominale delle quote;
- è ammesso l'esonero dalla redazione della relazione degli esperti con il consenso unanime di tutti i soci delle società che partecipano alla fusione;
- il termine che deve intercorrere tra l'iscrizione del progetto di fusione e la data fissata per la decisione dei soci passa da trenta a quindici giorni, la stessa riduzione è prevista per il deposito degli atti presso la sede della società;
- il termine entro cui può essere attuata l'opposizione dei creditori passa da sessanta a trenta giorni dall'avvenuta iscrizione della delibera nel registro delle imprese.

## 1.8 La Fusione inversa

Per "fusione inversa" si intende l'operazione di fusione in cui, contrariamente a quanto accade nella prassi, è la società partecipata che provvede ad incorporare la società controllante. Questo tipo di fusione, pur essendo analoga alla "fusione diretta" per quanto concerne il relativo iter procedurale, comporta che, a seguito dell'operazione, la società incorporante si troverà con azioni proprie nell'attivo di stato patrimoniale.

Con riferimento a quanto sopra, può essere opportuno osservare che, nonostante le modifiche relative alla disciplina del diritto societario introdotte dal Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n. 6, allo stato attuale, analogamente a quanto avveniva in passato, l'applicazione della disciplina relativa all'acquisto di "azioni proprie" (ai sensi dell'articolo 2357 e seguenti del Codice Civile) all'operazione di fusione inversa non risulta ancora unanimemente accolta dalla giurisprudenza e dalla dottrina.

### 1.8.1 Orientamento favorevole all'applicazione della disciplina relativa alle azioni proprie alla fusione inversa

Sulla base di un primo orientamento, per effetto della fusione inversa, la società incorporante (partecipata) dovrebbe comunque ritenersi soggetta alla disciplina prevista dall'articolo 2357 e seguenti del Codice Civile relativamente alle azioni proprie acquisite a seguito dell'incorporazione della società controllante.

In questo senso, a titolo esemplificativo:

- il Tribunale di Milano<sup>13</sup>, dopo aver specificato che *"la costituzione della riserva costituisce una condizione di legittimità per l'acquisto di azioni proprie ..."*;
- e che, quindi, *"le necessità di iscrivere la posta passiva della "riserva indisponibile", rettificativa della voce attiva "partecipazioni" sussiste in ogni ipotesi di acquisizione di azioni proprie perché la possibilità di annacquamento del capitale sorge nel momento stesso che si pongono le condizioni per il trasferimento di azioni in capo alla società incorporante"*;
- ha osservato che, a livello temporale, la riserva per azioni proprie *"... deve ... esistere al momento dell'approvazione della delibera, così come devono esistere in una semplice operazione di acquisizione diretta di azioni proprie, gli utili da impegnare come corrispettivo per i soci che vendono queste azioni alla società. E se non esiste la riserva, l'operazione non può considerarsi legittimamente approvata"*.

In senso sostanzialmente analogo, anche in precedenza, era stato osservato che *"... in presenza di operazioni di fusione, ove emerga un acquisto di azioni proprie, è imprescindibile la costituzione di una riserva pari all'importo di dette azioni, ai sensi del terzo comma dell'articolo 2357-ter del Codice Civile, o comunque che il patrimonio netto della società incorporante contenga valori corrispondenti a tale riserva"*.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Sentenza del 13 maggio 1999.

<sup>14</sup> Tribunale di Milano, 4 maggio 1999.



L'orientamento favorevole all'assoggettamento alla disciplina delle azioni proprie dell'operazione di fusione inversa sembrerebbe essere pienamente recepito, anche sul piano fiscale, dalla stessa Amministrazione finanziaria. In questo senso, infatti, con riferimento ad un'operazione di fusione inversa, è stato osservato che *"... l'incorporante ... non detenendo partecipazioni nella incorporata, successivamente alla fusione iscrive nell'attivo le partecipazioni della seconda, in quanto azioni proprie. A nulla vale che ai fini civilistici sia prescritto l'annullamento di tali partecipazioni"*.<sup>15</sup>

Aderendo a questa interpretazione, quindi, a seguito dell'incorporazione della società controllante, la società incorporante sarebbe tenuta a:

- rilevare nell'attivo dello stato patrimoniale le azioni proprie acquisite (con in contropartita l'imputazione del relativo importo ad incremento di una "riserva azioni proprie");
- (successivamente) eliminare le azioni proprie dal bilancio (e della relativa riserva imputata nel passivo in misura corrispondente) in occasione del relativo annullamento ovvero cessione a terzi (da operare entro tre anni dal relativo acquisto ai sensi del comma 2 dell'articolo 2357-bis del Codice Civile).

## 1.8.2 Orientamento sfavorevole all'applicazione della disciplina relativa alle azioni proprie alla fusione inversa

A differenza di quanto visto al precedente paragrafo, secondo un diverso orientamento, l'operazione di fusione inversa non dovrebbe essere interessata dalla disciplina relativa all'acquisto di azioni proprie ma, al contrario, dovrebbe determinare un'automatica riassegnazione delle azioni o quote della società incorporante a favore dei soci della società incorporata attraverso un criterio di tipo proporzionale. Seguendo questa interpretazione, quindi, a seguito della fusione inversa, ciascun socio della società incorporata dovrebbe acquisire una partecipazione al capitale sociale della società incorporante in misura proporzionale alla partecipazione posseduta in quest'ultima società. A tal riguardo, a titolo esemplificativo, è stato affermato che<sup>16</sup>:

- *"... nel caso di fusione inversa agli azionisti della società incorporata devono essere attribuite pro-quota le azioni proprie della società incorporante"*;
- (e che, quindi) *"... in caso di fusione non si applica l'articolo 2357 del Codice Civile e, pertanto, le azioni proprie risultanti dalla fusione inversa devono essere annullate e convertite in azioni da assegnare all'incorporata"*;
- (e, infine, che) *"... nella fusione per incorporazione in cui l'incorporanda è unico socio dell'incorporante, l'intero capitale di quest'ultima a seguito dell'annullamento dell'intero capitale sociale della prima, che si estingue, viene intestato ai soci della incorporanda nella stessa misura delle quote da loro possedute nella incorporanda medesima, anteriormente alla fusione. Pertanto, realizzandosi l'annullamento della partecipazione istantaneamente all'atto della fusione, non può parlarsi in senso proprio di trasferimento di quote, e quindi, di acquisto di proprie quote da parte della società incorporante"*<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Parere del Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive del 5 ottobre 2000, n. 23.

<sup>16</sup> Tribunale di Milano, Massima del 26 Giugno 1997 (in Rivista delle società, 1997, p. 850). In senso conforme: Corte d'Appello di Venezia, 14 dicembre 1995 e Tribunale di Udine, decreto 20 agosto 1997. In senso analogo in dottrina è stato evidenziato la possibilità che *"il progetto di fusione preveda che le azioni dell'incorporante eventualmente detenute dall'incorporata siano usate per soddisfare il rapporto di cambio oppure che si annullino per effetto dell'atto di fusione o che siano alienate prima di tale momento: ovviamente in tutti questi casi non ci sarebbe comunque né l'obbligo di creare una riserva azioni proprie, una volta stipulato l'atto di fusione, né tantomeno l'onere di provvedere in tal senso al momento in cui viene assunta la delibera di procedere alla fusione"* (M.S. Spolidoro, Commento alla massima del Tribunale di Milano 4 maggio 1999, Le società, 2000, n. 3, p. 333).

<sup>17</sup> In senso analogo, in dottrina è stato osservato che (L. Cappellotto, *La fusione inversa tra riforma fiscale e societaria*, in Corriere Tributario n. 44/2004, p. 3447):

- *"... la fusione inversa non comporta un acquisto di azioni proprie da parte della società incorporante-partecipata bensì un'automatica riassegnazione delle azioni di quest'ultima agli azionisti dell'incorporata-partecipante"*;
- *"... in una fusione inversa tra due società di cui l'incorporata detenga il 100% del capitale dell'incorporante ante-fusione ... l'attribuzione delle azioni dell'incorporante, trovate nell'attivo dell'incorporata, ai soci di quest'ultima in proporzione alle partecipazioni da questi detenute nel capitale della società incorporata estintasi, senza alcun aumento di capitale sociale,*

## 2. ASPETTI CONTABILI

### 2.1 Documenti contabili nell'operazione di fusione

I documenti contabili caratteristici dell'operazione di fusione sono i seguenti:

- la situazione patrimoniale (ai sensi dell'articolo 2501–*quater* del Codice Civile);
- i documenti contabili ed extracontabili necessari per la determinazione del rapporto di cambio;
- i bilanci e le situazioni contabili di chiusura della società incorporata o fusa;
- il primo bilancio successivo alla fusione (ai sensi dell'articolo 2504–*bis* del Codice Civile), ossia il bilancio di apertura;
- il primo bilancio d'esercizio successivo alla fusione.

E' bene ricordare che, oltre ai documenti sopra riportati, nel caso in cui le società interessate dovessero chiudere l'esercizio durante il procedimento di fusione, le stesse sono comunque obbligate alla predisposizione e approvazione del bilancio inerente l'esercizio appena concluso.

### 2.2 Situazione patrimoniale ai sensi dell' articolo 2501–quater del Codice Civile

#### 2.2.1 Contenuto

L'articolo 2501–*quater* del Codice Civile dispone che:

- l'organo amministrativo di ciascuna società partecipante alla fusione è tenuto a predisporre una "situazione patrimoniale" con l'osservanza delle norme sul bilancio d'esercizio;
- la data di riferimento della situazione patrimoniale non può essere anteriore di oltre centoventi giorni al giorno in cui il progetto di fusione è depositato nella sede della società;
- la situazione patrimoniale può essere sostituita dal bilancio dell'ultimo esercizio, se questo è stato chiuso non oltre sei mesi prima del deposito del progetto di fusione nella sede della società.

Si ricorda che la funzione della "situazione patrimoniale" è quella di aggiornare i saldi dei conti dell'ultimo bilancio di esercizio e non quella di determinare il rapporto di cambio: si tratta, pertanto, di un bilancio infrannuale "ordinario" la cui data di riferimento non coincide né con quella di deposito del progetto di fusione né con la data di adozione della delibera di fusione.

Per quanto riguarda la natura del documento in esame osserviamo che, in assenza di specifica previsione normativa, dottrina<sup>18</sup> e giurisprudenza<sup>19</sup> sono concordi nel ritenere che l'indicata situazione patrimoniale sia, nella sostanza, analoga per contenuto, struttura e criteri di redazione ad un bilancio d'esercizio. In questo senso, quindi, la stessa è costituita da uno stato patrimoniale, un conto economico ed una nota integrativa (quest'ultima, tuttavia, con un contenuto ridotto rispetto a quello previsto dall'articolo 2427

---

*rappresenta la modalità di realizzazione dell'operazione più semplice e conforme alla sostanza economica, che appare del tutto equivalente a quella di una fusione diretta per incorporazione di una società detenuta al 100%".*

<sup>18</sup> Cfr. F. Magliulo, *La fusione delle società*, Ipsoa, Milano, 2005, pag. 129 e la dottrina e la giurisprudenza ivi indicata.

<sup>19</sup> In tal senso il Tribunale di Napoli (12 febbraio 1994) ha dichiarato illegittima la delibera di fusione non comprensiva del conto economico; il Tribunale di Milano (documento 1994) ha indicato espressamente "La situazione patrimoniale ... deve essere redatta con l'osservanza delle norme sul bilancio d'esercizio: occorre, quindi, che sia redatta secondo i criteri legali e sia costituita dallo stato patrimoniale, dal conto economico e dalla nota integrativa".

Codice Civile<sup>20</sup>) consentendo in questo modo di valutare compiutamente le società partecipanti alla fusione e le cause delle variazioni intervenute nel periodo di tempo successivo alla data di riferimento dell'ultimo bilancio approvato.

Questa impostazione trova riscontro nel Principio Contabile n. 30 (paragrafo 2.8) in tema di “*Bilanci intermedi*”.

Nello specifico, poi, la situazione patrimoniale redatta in occasione dell'operazione di fusione si differenzia da un bilancio d'esercizio per i seguenti aspetti:

- l'orizzonte temporale di riferimento (inferiore ad un anno nella situazione patrimoniale);
- l'esclusione dall'obbligo di approvazione da parte dell'assemblea.

Infine si ricorda che, con riferimento alla redazione della situazione patrimoniale, contrariamente a quanto avviene per il progetto di fusione, il legislatore non ha previsto alcun obbligo di collaborazione tra i diversi organi amministrativi delle società partecipanti alla fusione tale per cui la stessa viene redatta individualmente dall'organo amministrativo di ciascuna società.

## 2.2.2 Criteri di redazione della situazione patrimoniale

Come precisato al precedente paragrafo, la situazione patrimoniale, costituendo un “bilancio” infrannuale, deve essere redatta utilizzando le medesime regole previste per la redazione del bilancio d'esercizio.

In sostanza, ciò comporta la redazione di un “bilancio d'esercizio” infrannuale, con la conseguenza che ogni elemento di costo o di ricavo deve essere contabilizzato in stretta osservanza del postulato della competenza economica riferita al periodo.

Eventi di competenza di periodi successivi, e viceversa, destinati a modificare in misura significativa il risultato finale d'esercizio, devono formare unicamente oggetto d'informazioni integrative. Inoltre nel bilancio intermedio devono essere utilizzati gli stessi criteri di valutazione adottati nel bilancio d'esercizio, salvo il caso di cambiamento dei principi contabili<sup>21</sup>.

Il Principio Contabile n. 30 individua le seguenti situazioni particolari che, nel redigere un bilancio intermedio, possono comportare alcune difficoltà interpretative:

- **i costi di ricerca e sviluppo**: questi costi, quando ne ricorrono le condizioni<sup>22</sup>, possono essere capitalizzati tra le attività immateriali nel bilancio d'esercizio. In tal caso, ai fini della redazione del bilancio intermedio è necessario verificare il rispetto delle condizioni previste;
- **i costi di manutenzione**: la regola generale prevede che un costo debba essere indicato nel bilancio intermedio in funzione del suo effettivo sostenimento. Pertanto, i costi derivanti da eventuali interventi di manutenzione programmati non possono essere accantonati nella situazione patrimoniale. Questo comportamento, tuttavia, non è applicabile al “fondo manutenzione ciclica” per il quale l'iscrizione del costo accantonato deve essere effettuata sulla base di appropriati parametri che riflettano il principio di competenza;

<sup>20</sup> In linea di principio può essere utilizzato il contenuto minimo previsto dal paragrafo 3.5 del Principio Contabile n. 30.

<sup>21</sup> G. Cristofori, *Manuale di finanza straordinaria*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2006.

<sup>22</sup> Nello specifico, oltre al consenso del Collegio Sindacale, le condizioni per la capitalizzazione sono le seguenti:

- chiara definizione del progetto;
- identificabilità e misurabilità dei costi;
- realizzabilità del progetto e possesso di risorse adeguate;
- recuperabilità dei costi tramite i ricavi che nel futuro si svilupperanno nell'applicazione del progetto stesso; (come da Principio Contabile n. 24 relativo alle “Immobilizzazioni immateriali”).

- i premi di fine anno: è prassi commerciale erogare premi o sconti al raggiungimento di determinati volumi di vendita realizzati in un esercizio, tale per cui, soltanto alla fine dell'anno è nota con certezza l'entità del premio o dello sconto. Nella redazione della situazione patrimoniale, pertanto, si dovrà tener conto di tutti gli elementi disponibili al momento, per stimare, nel modo più ragionevole possibile, la percentuale di premio che si suppone maturerà a fine anno e applicarla ai volumi di vendita (o di acquisto che matureranno) nel periodo di riferimento della situazione patrimoniale. Queste disposizioni si applicano a tutti i componenti di reddito positivi o negativi indeterminati la cui esatta determinazione è nota solamente alla chiusura dell'esercizio (si pensi, a titolo esemplificativo alle royalties, ai premi ai dipendenti o agli incentivi al settore commerciale);
- l'ammortamento delle immobilizzazioni: il processo di ammortamento delle immobilizzazioni deve essere effettuato in relazione ai soli beni che sono disponibili e pronti all'uso durante il periodo, utilizzando un'aliquota ridotta in relazione alla durata del periodo di riferimento della situazione patrimoniale rispetto all'intero esercizio;
- la valutazione delle rimanenze di magazzino: le rimanenze di magazzino sono valutate, alla chiusura del periodo intermedio, con gli stessi criteri del bilancio annuale. Pertanto, occorre utilizzare le stesse configurazioni di costo di fine anno e si dovrà valutare l'eventuale necessità di svalutare per ricondurre le scorte al minor valore di realizzo stimato in funzione degli elementi conosciuti alla data di valutazione;
- le imposte sul reddito: dal momento che il periodo rappresentato nella situazione patrimoniale costituisce un "autonomo periodo d'imposta"<sup>23</sup>, per calcolare le relative imposte occorrerà apportare le dovute variazioni in aumento ed in diminuzione al risultato d'esercizio.

## 2.3 La determinazione del rapporto di cambio

Il rapporto di cambio esprime il numero delle azioni o quote della società incorporante (o risultante dalla fusione) da assegnare ai soci delle società incorporate o fuse in cambio delle vecchie azioni in loro possesso.

Esemplificando, nell'ipotesi di una fusione per incorporazione un rapporto di cambio 1:1 significa che, a fronte di una azione della società incorporata, i soci di quest'ultima riceveranno un'azione dell'incorporante.

I criteri di valutazione applicabili agli elementi del patrimonio saranno orientati alla determinazione del valore corrente di ciascun elemento patrimoniale, fermo restando l'applicazione dei principi basilari di veridicità, prudenza, correttezza, chiarezza e continuità aziendale.

I principali fattori che influiscono sulla determinazione del rapporto di cambio sono costituiti da:

- il valore corrente delle società partecipanti alla fusione;
- il tipo e le caratteristiche delle azioni o quote scambiate ed il loro godimento (in quanto i titoli scambiati possono avere caratteristiche differenti sia in relazione alle proprietà giuridiche - azioni ordinarie, privilegiate, di risparmio - sia in relazione alla maturazione di certi diritti - azioni con godimenti differenti);
- il valore di Borsa, ove esista una quotazione (infatti, la valutazione espressa dal mercato azionario è considerata una base attendibile ai fini della determinazione del rapporto di cambio);
- eventuali conguagli in denaro (in quanto in aggiunta alle azioni concambiate può essere concordata una somma a titolo di conguaglio che può influenzare la determinazione del rapporto di cambio);

---

<sup>23</sup> Articolo 172 del TUIR.

- circostanze extraeconomiche, tra le quali, ad esempio, la necessità di “eliminare” un concorrente offrendogli condizioni di fusione particolarmente vantaggiose.

Il rapporto di cambio deve essere indicato nel progetto di fusione in base all’articolo 2501-ter del Codice Civile, in qualsiasi caso diverso dalla fusione per incorporazione di società interamente posseduta e, pertanto, anche in caso di fusione per incorporazione di società posseduta almeno al 90%, per la quale sono previste semplificazioni ai sensi dell’articolo 2505-bis, del Codice Civile.

L’articolo 2504-ter<sup>24</sup> del Codice Civile vieta l’assegnazione di nuove azioni o quote della società che risulta dalla fusione o della società incorporante in sostituzione delle azioni o quote delle società partecipanti alla fusione possedute, anche per il tramite di società fiduciarie o interposta persona, dalle società stesse.

Il comma 1 del citato articolo prevede il divieto nell’ambito di una fusione propria (c.d. “fusione per unione”), di concambiare le azioni o quote delle società partecipanti alla fusione possedute da un’altra società che prende parte all’operazione. Queste partecipazioni devono essere necessariamente annullate.

Il comma 2, prende in considerazione il caso di una fusione per incorporazione in cui l’incorporante possieda quote o azioni dell’incorporata. In questa fattispecie è fatto divieto di concambiare le azioni o quote rappresentative della partecipazione. Queste azioni o quote devono essere annullate (così determinando delle differenze di fusione), con la conseguenza che il concambio riguarderà solo la porzione di capitale sociale posseduto da terzi.

In merito all’espressa previsione normativa il Tribunale di Milano (documento 1991) ha espresso il seguente orientamento “... ai fini di cui all’articolo 2504-ter Codice Civile, appare opportuno che dal verbale assembleare risulti la dichiarazione che le società risultante dalla fusione o quella incorporante non assegnerà azioni o quote in violazione del precetto contenuto nella citata disposizione. In mancanza occorrerà allegare un’ attestazione al riguardo degli amministratori e dei sindaci”.

Per completezza si propongono degli esempi al fine di chiarire le modalità di determinazione del rapporto di concambio.

### **Esempio 1 (fusione per incorporazione)**

Si ipotizzi la fusione per incorporazione della società Alfa nella società Beta (si consideri che non vi siano rapporti di partecipazione tra le due società):

	<b>Società Alfa (incorporata)</b>	<b>Società Beta (incorporante)</b>
Capitale sociale	800	2.000
Numero delle azioni	200	1.000
Valore nominale delle azioni	4	2
Valore effettivo della società	1.900	4.500
Valore effettivo di un’azione	9,5	4,5

Il contributo apportato dalla società incorporata Alfa alla formazione del capitale effettivo della società incorporante post-fusione è pari a:

$$1.900 / (4.500 + 1.900) = 29,7\%$$

Ne deriva che la società Beta incorporante dovrà procedere ad un aumento del proprio capitale sociale di un importo tale che, a seguito della fusione, gli attuali soci di Alfa detengano il 29,7% del capitale di Beta.

<sup>24</sup> L’articolo 2504-ter così dispone “La società che risulta dalla fusione non può assegnare azioni o quote in sostituzione di quelle delle società partecipanti alla fusione possedute, anche per il tramite di società fiduciarie o di interposta persona, dalle società medesime (comma 1). La società incorporante non può assegnare azioni o quote in sostituzione di quelle delle società incorporate possedute, anche per il tramite di società fiduciaria o di interposta persona, dalle incorporate medesime o dalla società incorporante” (comma 2).

Considerato che il capitale sociale di Beta prima della fusione, pari a 2.000, rappresenta il 70,3% (100% - 29,7%) del capitale della società incorporante post-fusione, l'aumento di capitale sociale di Beta sarà pari a:

$$2.000 : 70,3\% = X : 29,7\%, \text{ da cui:}$$

$$X = 2.000 * 29,7\% / 70,3\% = 844$$

Pertanto, si procederà all'emissione di 422 azioni di valore nominale pari a 2.

Il rapporto di cambio tra le nuove azioni di Beta e le vecchie azioni di Alfa sarà pari a:

$$422 / 200 = 2,11 (= 211/100) \text{ dove:}$$

$$422 = \text{nuove azioni emesse;}$$

$$200 = \text{vecchie azioni dell'incorporata.}$$

Pertanto, per ogni 100 azioni dell'incorporata i soci di quest'ultima riceveranno 211 azioni dell'incorporante.

L'aumento di capitale sociale dell'incorporante sarà pari a 844.

### Esempio 2 (fusione propria)

Si ipotizzi la fusione della società Alfa e della società Beta in una società Gamma di nuova costituzione (si consideri, inoltre, che non vi siano rapporti di partecipazione tra le due società):

	Società Alfa	Società Beta
Capitale sociale	800	2.000
Numero delle azioni	200	1.000
Valore nominale delle azioni	4	2
Valore effettivo della società	1.900	4.500
Valore effettivo di un'azione	9,5	4,5

Il valore effettivo della società Gamma risultante dalla fusione sarà pari a:

$$1.900 + 4.500 = 6.400$$

Si ipotizzi che il capitale sociale della società Gamma sia pari a 3.500, composto da 700 azioni del valore nominale di 5 ciascuna.

Il contributo delle società Alfa e Beta alla formazione del capitale effettivo della società Gamma risultante dalla fusione è pari a:

	Società Alfa	Società Beta
Quota di capitale della società Gamma	$1.900 / 6.400 = 29,7\%$	$4.500 / 6.400 = 70,3\%$

Le 700 azioni della società Gamma verranno attribuite ai soci delle società Alfa e Beta nel seguente modo:

	Società Alfa	Società Beta
Numero di azioni assegnate	$700 \times 29,7\% = 208$	$700 \times 70,3\% = 492$
Rapporto di cambio	$208 / 200 = 26 / 25$ (26 azioni di Gamma ogni 25 azioni di Alfa)	$492 / 1.000 = 123 / 250$ (123 azioni di Gamma ogni 250 azioni di Beta)

## 2.4 Bilanci e situazioni patrimoniali di chiusura della società incorporata o fusa

Il principio contabile OIC 4 (paragrafo 4.3.2) precisa che “nessuna norma di legge prescrive la redazione di un bilancio di chiusura per le società incorporate o fuse, ma non è ammissibile che un periodo di vita di una società possa non essere oggetto di rendicontazione e, quindi essere dimenticato”. In virtù di quanto sopra, nell’ambito dell’operazione di fusione la redazione del bilancio di chiusura della società incorporata o fusa appare opportuna in quanto, la stessa rappresenta i fatti di gestione delle società partecipanti alla fusione fino alla data in cui le stesse confluiscono nella incorporante (ovvero nella società risultante dall’eventuale “fusione per unione”).

Come si vedrà nel prosieguo della trattazione, le modalità di redazione di questo documento contabile dipendono dalla retrodatazione o meno degli effetti della fusione. In questo senso, infatti:

- nell’ipotesi di retrodatazione degli effetti contabili della fusione (rispetto agli effetti “reali”): i fatti di gestione dell’incorporata relativi al periodo compreso tra l’inizio dell’esercizio in cui si realizza la fusione e il momento di efficacia reale della stessa, devono essere rilevati nella contabilità dell’incorporante (ovvero dalla società che risulta dalla fusione) attraverso la redazione di una situazione contabile relativa a questo periodo (non sarà pertanto necessaria la redazione di un bilancio intermedio);
- (viceversa) nell’ipotesi in cui, gli effetti contabili della fusione coincidono con gli effetti “reali”: la situazione contabile della società incorporata sarà costituita da un vero e proprio bilancio infrannuale indicante i fatti di gestione dell’incorporata dall’inizio dell’esercizio in cui si realizza la fusione fino alla data in cui l’incorporata perde la propria individualità e confluisce nell’incorporante.<sup>25</sup>

Al fine di redigere il documento contabile finale, le società incorporate, o le società intervenute nella fusione propriamente detta dovranno effettuare una chiusura dei conti. Nel caso di rettifiche dei valori iscritti nella contabilità dell’incorporata si utilizzerà un conto denominato “Rettifiche di fusione” avente natura di netto patrimoniale, la cui struttura è sotto evidenziata:

<b>DARE</b>	<b>AVERE</b>
Annullamento di certe immobilizzazioni immateriali	Annullamento di certi fondi
Minori valori definiti per le attività	Maggiori valori definiti per le attività
Maggiori o nuovi valori definiti per le passività	Minori valori definiti per le passività
Saldo = a capitale netto di fusione	Saldo = da capitale netto di fusione

Il conto “Rettifiche di fusione” affluirà al conto di riepilogo “Capitale netto di fusione”, (incrementandolo ovvero diminuendolo).

Nel conto “Capitale netto di fusione” affluiranno altresì, i conti di patrimonio netto della società che si “chiude” (capitale sociale, riserve, perdite d’esercizio, utili del periodo).

## 2.4.1 Retroattività reddituale e contabile

Come visto ai precedenti, paragrafi, con l’iscrizione dell’atto di fusione nel registro delle imprese, la fusione produce i suoi effetti giuridici e, alla stessa data, viene effettuata la c.d. “unificazione dei conti” delle società partecipanti alla fusione.

A livello contabile, quindi:

- fino alla data di effetto giuridico della fusione: le operazioni compiute da ciascuna delle società partecipanti all’operazione devono essere contabilizzate separatamente nei libri delle stesse;

<sup>25</sup> In questa ipotesi, trattandosi di un bilancio ordinario infrannuale, saranno applicabili i criteri di redazione previsti nel principio contabile OIC n. 30.



- alla data di effetto giuridico della fusione: è necessario effettuare l'unificazione dei conti sulla base dei "valori storici".

Può accadere che nel periodo che intercorre tra la data di riferimento della determinazione del rapporto di cambio e la data di effetto "reale" della fusione intercorra un lasso temporale (c.d. "periodo interinale") che, nella generalità dei casi ha una durata di 6/7 mesi ma che, in alcuni casi può durare anche diversi anni. Questo periodo, inoltre, potrebbe:

- ricadere per intero in un solo esercizio (ad esempio: data di approvazione del progetto di fusione 20 aprile 2007, in base al bilancio chiuso al 31 dicembre 2006; data di iscrizione dell'atto di fusione 30 ottobre 2007);
- (oppure) avere inizio in un esercizio (ad esempio: data di approvazione del progetto di fusione 30 settembre 2007, in base ad una situazione patrimoniale al 30 giugno 2007) e terminare nell'esercizio successivo (ad esempio: data di iscrizione dell'atto di fusione 30 marzo 2008).

### A) Retroattività reddituale

Le problematiche inerenti l'individuazione della data alla quale far risalire la retroattività reddituale dell'operazione di fusione si basano principalmente sui seguenti aspetti:

- le modalità con le quali è stato valutato il patrimonio della società incorporata (o fusa) ai fini della determinazione del rapporto di cambio;
- il diritto o meno dei soli soci dell'incorporata a percepire l'utile prodotto da quest'ultima nel periodo "interinale" e fino alla sua "estinzione".

Questa problematica, inoltre, è strettamente connessa alla definizione della retroattività contabile della fusione, in quanto, secondo autorevole dottrina, le due date non possono essere distinte.

L'argomento più controverso e dibattuto relativo alla retroattività reddituale dell'operazione di fusione, riguarda il percepimento degli utili prodotti nel periodo interinale (e, nello specifico, se gli stessi debbano essere percepiti esclusivamente dai soci delle società incorporate o fuse, oppure debbano essere accomunati agli utili delle altre società e dell'incorporante e distribuiti, dopo la fusione, a tutti i soci, vecchi e nuovi dell'incorporante, in base al rapporto di cambio).

Al riguardo, secondo autorevole dottrina:

- nell'ipotesi in cui, nella valutazione del patrimonio di ciascuna società incorporata e nella fissazione del rapporto di cambio, si è tenuto conto dell'utile maturato dall'inizio dell'esercizio fino alla data della situazione patrimoniale (redatta ai sensi dell'articolo 2501-*quater* del Codice Civile): gli utili del periodo "interinale" devono essere attribuiti a tutti i soci vecchi e nuovi e distribuiti dall'incorporante dopo l'attuazione della fusione (nel frattempo, se interviene la chiusura dell'esercizio, gli stessi dovranno essere rilevati nel bilancio dell'incorporata come "utili portati a nuovo" ed andranno ad accrescere il patrimonio netto contabile iniziale);
- (viceversa) nell'ipotesi in cui, nella valutazione del patrimonio di ciascuna società incorporata e nella fissazione del rapporto di cambio, non si è tenuto conto degli utili già conseguiti dalle singole società e di quelli previsti fino alla conclusione del periodo "interinale": occorrerà precisare la data di riferimento dell'efficacia reddituale e, se nel frattempo si chiude l'esercizio, gli utili rilevati nel bilancio dell'incorporata potranno essere distribuiti (esclusivamente) ai propri soci;
- (infine) se nel progetto di fusione non è prevista alcuna retrodatazione, ovvero è precisato che tutti gli effetti (anche quelli reddituali e contabili) si producono dalla data di efficacia reale dell'operazione: gli utili prodotti nel periodo "interinale" (rilevati sia nel bilancio dell'esercizio in cui ha avuto inizio il



procedimento di fusione, sia nel bilancio di chiusura relativo ad una frazione del successivo esercizio fino all'estinzione dell'incorporata) sono di esclusiva spettanza dei soci dell'incorporata. Ciò comporta che, nel bilancio d'apertura (analizzato al successivo paragrafo 2.5.1) questi utili sono esclusi dal patrimonio netto di riferimento dell'incorporata e sono rilevati tra le passività in qualità di debiti nei confronti dei soci.

## B) Retroattività contabile e fiscale (cenni)

La retroattività contabile permette di imputare al bilancio dell'incorporante gli effetti patrimoniali e reddituali delle operazioni di gestione poste in essere dagli amministratori dell'incorporata nel periodo che intercorre tra la data alla quale viene fatta risalire la retroattività e la successiva data in cui si produce l'effetto reale della fusione.

Nell'ipotesi in cui il procedimento di fusione ricada interamente in un esercizio e vi sia coincidenza tra gli esercizi dell'incorporante e dell'incorporata, le risultanze del bilancio di chiusura vengono imputate alla contabilità e al bilancio dell'incorporante (fatto salvo il caso di una diversa pattuizione per la distribuzione degli utili). Viceversa, la necessità di definire l'eventuale retroattività contabile si pone quando il procedimento di fusione ha inizio in un esercizio e si completa nell'esercizio successivo.

Al riguardo è necessario precisare che, nell'ipotesi in cui, nel corso dell'operazione di fusione, sopravviene la data di chiusura dell'esercizio, gli amministratori della società incorporata dovranno provvedere alla redazione del bilancio d'esercizio, che sarà assoggettato alle medesime procedure di controllo già previste prima dell'inizio del procedimento di fusione e all'approvazione da parte dell'assemblea dei soci dell'incorporata stessa.

Questo comportamento dovrà essere tenuto anche nell'ipotesi in cui il procedimento di fusione dovesse concludersi prima dell'approvazione del bilancio dell'incorporata da parte dell'assemblea dei soci della stessa; in questo caso, infatti, saranno gli amministratori della società incorporante a dover redigere il bilancio dell'ultimo esercizio che sarà approvato dai soci della società risultante dalla fusione. Pertanto, in base alla dottrina prevalente, non può essere omessa la redazione del bilancio d'esercizio della società incorporata che comporta l'attribuzione al bilancio dell'incorporante degli effetti patrimoniali ed economici della gestione anche dell'esercizio anteriore a quello in cui si conclude il procedimento di fusione.

Pertanto, la data alla quale può essere fatta risalire la retroattività contabile non può essere anteriore a quella di chiusura del precedente esercizio dell'incorporante.

Una conferma di questa tesi è riscontrabile nella disciplina relativa alla retroattività fiscale dell'operazione, infatti, in base al disposto dell'articolo 172, comma 9, del TUIR gli effetti fiscali della fusione non possono decorrere da una data anteriore a quella in cui si è chiuso l'ultimo esercizio di ciascuna delle società fuse o incorporate o a quella, se più prossima, in cui si è chiuso l'ultimo esercizio della società incorporante.

## 2.4.2 Contabilizzazione della fusione in caso di retrodatazione degli effetti contabili

Nell'ipotesi in cui sia stabilita la retroattività contabile dell'operazione di fusione (applicabile, secondo l'interpretazione prevalente, solo nel caso di fusioni per incorporazione) è necessario individuare la data alla quale gli amministratori *“delle società interessate hanno convenuto di far risalire l'effetto economico dell'unificazione dei patrimoni e delle gestioni delle società partecipanti”*.

Come si è già avuto modo di vedere al precedente paragrafo 2.4.1, gli effetti della retroattività fiscale e contabile vengono fatti risalire:

- nell'ipotesi di coincidenza delle date di chiusura degli esercizi delle società partecipanti all'operazione: alla data immediatamente successiva a quella di chiusura dell'ultimo esercizio;

- nell'ipotesi di mancata coincidenza delle date di chiusura degli esercizi delle società partecipanti all'operazione: alla data di chiusura dell'ultimo esercizio dell'incorporante che sia più vicina alla data di effetto legale della fusione.

**Esempio**

Si consideri la seguente ipotesi:

- data di chiusura dell'esercizio della società incorporante: 30 giugno 2008;
- data di chiusura dell'esercizio della società incorporata: 31 dicembre 2007;
- data di conclusione del procedimento di fusione: 31 luglio 2008.

In questa ipotesi, la data di effetto contabile non può essere anteriore al 1° luglio 2008, anche se il bilancio dell'esercizio 2007/2008 dell'incorporante non è stato ancora approvato dai soci.

Proseguendo nell'esempio, nel periodo 1° luglio 2008 – 31 luglio 2008 l'incorporata continua a svolgere la propria attività e continua a dover osservare gli obblighi di tenuta e conservazione delle scritture contabili previsti dal Codice Civile, dalle norme tributarie e giuslavoristiche, ma le operazioni di gestione sono svolte "per conto dell'incorporante" ed i loro effetti sono imputati al bilancio dell'incorporante, la quale sarà anche l'unica titolare del reddito prodotto.

Si può affermare che l'incorporata, a livello contabile, viene considerata come una *branch* dell'incorporante.

Alla data del 30 giugno 2008 l'incorporata dovrà redigere un bilancio secondo le regole dei bilanci infrannuali mentre per il periodo 1° luglio 2008 – 31 luglio 2008 sarà tenuta a compilare la situazione contabile finale da cui risulteranno i saldi contabili da iscrivere nel bilancio dell'incorporante.

In caso di retrodatazione degli effetti contabili, in fase di recepimento dei saldi contabili dell'incorporata si dovranno eliminare non solo i crediti e i debiti reciproci e le poste reciproche dei conti d'ordine, ma anche i costi e ricavi e gli utili e le perdite interni scaturenti dalle operazioni compiute fra l'incorporante e l'incorporata nel periodo. Ciò in quanto, come visto in precedenza, l'incorporata nella sostanza agisce da *branch* dell'incorporante, tale per cui le operazioni oggetto di elisione contabile risultano compiute dall'incorporata per conto dell'incorporante.

Da un punto di vista operativo, le scritture contabili della società incorporata saranno le seguenti:

**1) Determinazione del capitale netto di fusione dell'incorporata società X**

#	A	Capitale netto di fusione
Capitale sociale		
Riserva legale		
Riserva straordinaria		

**2) Chiusura dei conti patrimoniali e reddituali della società X**

#	A	#	
Passività			
Componenti positivi di reddito			
Società X c/fusione			
		Attività	
		Componenti negativi di reddito	

**3) Assegnazione delle azioni dell'incorporante società Y (fusione con concambio)**

Capitale netto di fusione	A	Azioni società Y	
---------------------------	---	------------------	--

**4) Ritiro delle azioni della società X (incorporata)**

Azioni società Y	A	Società X c/fusione	
------------------	---	---------------------	--

In caso di fusione con annullamento delle azioni dell'incorporante, le scritture contabili saranno le seguenti:

**1) Attribuzione del netto ai soci**

Capitale netto di fusione	A	Azionisti c/liquidazione	
---------------------------	---	--------------------------	--

**2) Annullamento delle azioni**

Azionisti c/liquidazione	A	Società X c/fusione	
--------------------------	---	---------------------	--

Le scritture contabili della società incorporante o risultante dalla fusione sono le seguenti:

**1) Trasferimento del saldo dei conti dell'incorporata società X**

#	A	#	
Attività			
Componenti negativi di reddito			
		Passività	
		Componenti positivi di reddito	
		Società X c/fusione	

A) Nell'ipotesi in cui l'incorporata sia detenuta totalmente dall'incorporante si rileverà:

**Annullamento della partecipazione nella società X**

	Società X c/fusione	A	Partecipazioni		
--	---------------------	---	----------------	--	--

B) Nell'ipotesi in cui vi sia la presenza di un concambio:

**Emissione di n. azioni dell'incorporante società Y contro il ritiro di n. azioni dell'incorporata società X**

	Società X c/fusione	A	Capitale sociale		
--	---------------------	---	------------------	--	--

Infine, si ricorda che, nell'ipotesi di retrodatazione degli effetti contabili della fusione all'inizio dell'esercizio, gli eventuali avanzi o disavanzi di fusione devono essere calcolati assumendo a riferimento il patrimonio netto dell'incorporata così come risultante nel bilancio di chiusura dell'esercizio precedente all'operazione di fusione e non alla data di effetto (civilistico) della fusione in corso d'anno.

### 2.4.3 Contabilizzazione della fusione in caso di coincidenza degli effetti contabili e reali

In questa ipotesi, la compenetrazione dei patrimoni delle società partecipanti all'operazione si verifica alla data in cui si produce l'effetto legale della fusione e si estinguono le società incorporate o fuse. Il periodo di tempo che intercorre tra l'inizio dell'esercizio e la data in cui la fusione produce i suoi effetti contabili può essere:

- di dodici mesi: nell'ipotesi in cui l'ultima delle iscrizioni dell'atto di fusione coincide con la chiusura dell'esercizio, indipendentemente dal tipo di fusione adottata oppure nell'ipotesi in cui gli effetti della fusione siano postdatati alla chiusura dell'esercizio, sebbene la fusione abbia prodotto i suoi effetti reali nel corso dell'esercizio (questa facoltà è prevista solo per le fusioni per incorporazione);
- inferiore a dodici mesi: nell'ipotesi in cui gli effetti della fusione si producano nel corso dell'esercizio.

#### A) Fusione per incorporazione

In questo caso, poiché alla data di effetto della fusione è stato redatto un bilancio di chiusura completo, la società incorporante riceverà le attività, le passività ed i saldi di patrimonio netto, incluso il risultato economico del periodo infrannuale, così come riportati nel bilancio di chiusura.

In fase di consolidamento dei saldi, l'incorporante procederà all'eliminazione dei debiti e crediti reciproci che si estinguono per "confusione" (istituto disciplinato dall'articolo 1253 del Codice Civile), mentre restano validi, nell'ipotesi dell'articolo 1254 del Codice Civile, il diritto d'usufrutto e il pegno sui crediti acquisiti dai terzi.

Viceversa, non è necessario procedere all'eliminazione delle altre poste reciproche di natura reddituale originatesi nel periodo fra incorporante e incorporata (a mero titolo esemplificativo, costi e ricavi da vendita di beni e servizi infragruppo, interessi attivi/passivi per finanziamenti concessi/ricevuti) né degli eventuali utili e perdite conseguiti<sup>26</sup>.

<sup>26</sup> I componenti reddituali reciproci tra incorporata e incorporante, relativi al periodo amministrativo antecedente la fusione, concorrono alla formazione del reddito dell'incorporata e pertanto non vanno elisi con la posta uguale e contraria presente nei conti dell'incorporante, in quanto le società, in base agli accordi di fusione, possono aver previsto la distribuzione dell'utile ai soli soci dell'incorporata, senza portarlo in aumento del patrimonio netto.

Se l'incorporata è una società di capitali partecipata dall'incorporante ed ha distribuito dividendi a quest'ultima prima della data di effetto della fusione, l'utile registrato nella contabilità dell'incorporante non è eliminato per la ragione sopraesposta, mentre saranno eliminati i relativi crediti e debiti reciproci se il dividendo non è stato ancora corrisposto.

Le poste reciproche attinenti i conti d'ordine, si elideranno parimenti a quelle di uguale importo, che rappresentano obbligazioni o impegni reciproci, mentre non si estinguono di norma, ai sensi dell'articolo 1255 Codice Civile, le fideiussioni o le altre garanzie prestate a terzi dalla società risultante dalla fusione per debiti delle società fuse e viceversa.

Le scritture contabili che l'incorporante dovrà effettuare per recepire le poste contabili della società incorporata saranno le seguenti:

### 1) Rilevazione dell'apporto delle attività e delle passività della società incorporata

		#	A	#		
		Attività'		Passività		
		...		...		
		...		...		
				Società X c/fusione		

### 2) Annullamento della partecipazione nella società X (incorporata)

		Società X c/fusione	A	Partecipazione		
--	--	---------------------	---	----------------	--	--

Quest'ultima scrittura, ovviamente, terrà conto dell'eventuale avanzo o disavanzo da fusione.

Quanto esposto è riconducibile ad una fusione per incorporazione in cui l'incorporante detenga l'intero capitale sociale dell'incorporata.

### B) Fusione propria

Nell'ipotesi di fusione propria o nell'ipotesi di fusione per incorporazione senza partecipazione nell'incorporata la seconda scrittura sarà la seguente:

		Società X c/fusione	A	Capitale sociale		
--	--	---------------------	---	------------------	--	--

Si segnala, infine, che anche in quest'ultima ipotesi si potrà verificare l'emersione di un avanzo o di un disavanzo da concambio.

## 2.5 Primo bilancio successivo alla fusione (articolo 2504-bis, comma 4, del Codice Civile)

L'articolo 2504-bis, comma 4, primo periodo, del Codice Civile prevede che nel primo bilancio successivo alla fusione le attività e le passività sono iscritte ai valori risultanti dalle scritture contabili alla data di efficacia della fusione.

In relazione a quanto sopra, non è chiaro se il riferimento al "primo bilancio successivo" alla fusione debba intendersi relativo al primo *bilancio d'esercizio* oppure al *bilancio d'apertura post-fusione*<sup>27</sup>.

Il bilancio di apertura, deve essere redatto con riferimento al giorno successivo alla data in cui si produce l'effetto reale della fusione (anche nell'ipotesi di retroattività contabile dell'operazione stessa), ovvero alla data in cui si verifica:

- nelle fusioni proprie: l'estinzione della società incorporata o fusa e la nascita della "nuova società";

<sup>27</sup> Il bilancio d'apertura che la società incorporante o risultante dalla fusione redige immediatamente dopo l'operazione rappresenta una situazione contabile successiva all'aggregazione dei patrimoni (senza conto economico e nota integrativa). L'efficacia di questo documento è meramente interna, tranne nel caso di fusioni proprie dove ha la valenza di un' inventario iniziale dell'impresa da iscrivere nel libro degli inventari ai sensi dell'articolo 2217, comma 1, del Codice Civile.

- nelle fusioni per incorporazione: l'annullamento delle partecipazioni nella società incorporata e la conversione delle medesime nelle attività e passività delle incorporate e la successione universale dell'incorporante nel patrimonio e nei rapporti giuridici facenti capo all'incorporata.

I "valori contabili" da trasferire nella contabilità dell'incorporante ovvero alla nuova società risultante dalla fusione sono quelli iscritti, alla data di "estinzione" dell'incorporata, nel "bilancio di chiusura" della stessa. In particolare, in caso di assenza di retrodatazione contabile, si tratta di un vero e proprio bilancio ordinario infrannuale, in caso contrario, invece, si tratta di una situazione contabile riferita alla data di "estinzione" della società incorporata o fusa.

## 2.5.1 Il bilancio di apertura

Dopo aver chiarito che il riferimento al "primo bilancio successivo" all'operazione di fusione operato dall'articolo 2504-bis, comma 4, del Codice Civile, deve intendersi relativo al "bilancio di apertura", di seguito appare opportuno analizzare le caratteristiche di quest'ultimo.

Il bilancio di apertura è una situazione patrimoniale, con valenza esclusivamente interna, avente la finalità di rilevare in modo ordinato le attività e le passività delle società incorporate o fuse alla data di efficacia reale della fusione, successivamente al compimento delle operazioni di consolidamento dei saldi contabili e al trattamento contabile delle differenze di fusione (analizzato al successivo paragrafo 2.6).

Una volta redatto in base al disposto dell'articolo 2504-bis, comma 4, del Codice Civile, il bilancio di apertura avrà una struttura ed una composizione che integra quella del bilancio di chiusura, relativamente alle voci dell'attivo e del passivo, con la possibilità di iscrivere come voce nuova e residuale l'avviamento, in sostituzione del disavanzo da annullamento o da concambio. Inoltre, rispetto al bilancio di chiusura "completo", il bilancio di apertura non include né il conto economico (in quanto si tratta di una rilevazione patrimoniale straordinaria "*una tantum*" e non di un bilancio di periodo) né la nota integrativa<sup>28</sup>.

Si segnala, inoltre, che il bilancio di apertura assume un particolare rilievo nelle ipotesi di fusioni proprie, e ciò in quanto lo stesso rappresenta per la società risultante dalla fusione l'inventario iniziale (articolo 2217 del Codice Civile) in cui è indicato, altresì, l'ammontare del capitale sociale (e delle eventuali riserve).

Le attività e le passività da iscrivere nel bilancio di apertura in sostituzione del disavanzo non sono solo quelle iscritte nei bilanci di chiusura delle società incorporate o fuse, ma anche le altre attività e passività delle sole società incorporate o fuse "effettivamente esistenti" alla data di efficacia della fusione anche se non rilevate nel bilancio di chiusura delle stesse (si pensi, a titolo esemplificativo, all'avviamento oppure agli elementi dell'attivo completamente ammortizzati ma ancora utilizzati nell'attività produttiva e provvisti di un valore economico positivo o ancora a quelle "entità" immateriali non iscritte nel bilancio dell'incorporata ma iscrिवibili in base a disposizioni del Codice Civile e al Principio Contabile n. 24 rubricato "*Immobilizzazioni immateriali*")<sup>29</sup>.

L'emersione di queste attività e/o passività effettivamente esistenti alla data di efficacia della fusione deve essere oggetto di un'adeguata informativa nel primo bilancio d'esercizio successivo alla fusione, riportando, in particolare, tutte le motivazioni legate alla loro capitalizzabilità/iscrivibilità secondo quanto previsto dalle disposizioni del Codice Civile.

Per ciò che attiene la valutazione delle attività e passività iscritte nel bilancio d'apertura, la norma fa riferimento non ai valori correnti ma ai "*valori risultanti dalle scritture contabili alla data di efficacia della fusione medesima*". La disposizione, tuttavia, non deve essere interpretata alla lettera ciò in quanto, da un

<sup>28</sup> Si ritiene, comunque, opportuna, la redazione di una "nota esplicativa" allegata al bilancio di apertura, con la funzione di illustrare i criteri di determinazione e di valutazione delle poste contabili inserite nella situazione patrimoniale e il trattamento contabile delle differenze di fusione, in particolare nelle ipotesi di iscrizione dell'avviamento.

<sup>29</sup> Cassazione, 24 maggio 2006, n. 12308, secondo la Suprema Corte è legittimo utilizzare il disavanzo di fusione per iscrivere in bilancio una posta relativa la *Know how* non presente nel bilancio della società incorporata.

lato, ai valori contabili iscritti nel bilancio di chiusura devono essere apportate le rettifiche ed eliminazioni effettuate in sede di consolidamento dei saldi e, dall'altro, in presenza di disavanzo di fusione, è possibile iscrivere, sia pur nell'ambito del *plafond* massimo consentito - costituito dal disavanzo - maggiori valori correnti delle attività, minori valori delle passività e l'avviamento.

Le attività e le passività alle quali fa riferimento la norma sono quelle delle società incorporate (o fuse) e, non anche quelle della società incorporante, in quanto:

- la relazione alla legge delega della riforma societaria e la relazione al Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n. 6 hanno evidenziato che la norma intende disciplinare i "criteri di assunzione" del patrimonio dell'incorporata da parte dell'incorporante;
- la norma, interpretata estensivamente, non potrebbe mai essere applicata (nelle ipotesi di fusioni proprie) nei confronti della società risultante dalla fusione che non ha, prima della fusione, un patrimonio proprio;
- un'interpretazione estensiva della norma sarebbe in contrasto con la "sostanza economica" dell'operazione che, allo stato attuale (a seguito della modifica dell'articolo 2423-bis, n. 1, del Codice Civile) assume un rilevante valore interpretativo in relazione alla soluzione dei problemi di redazione dei bilanci e delle situazione patrimoniali.

## 2.6 Differenze di fusione

Le differenze di fusione si determinano in capo alla società incorporante o derivante dalla fusione e rappresentano poste contabili che consentono di raggiungere il pareggio di bilancio al momento dell'unificazione dei patrimoni delle società incorporate o fuse.

La prassi societaria<sup>30</sup> e la giurisprudenza<sup>31</sup> hanno da tempo rilevato che l'integrazione delle poste contabili delle società fuse determina, in alcune circostanze, un disallineamento dei valori di bilancio: si tratta di un avanzo o un disavanzo, a seconda che, rispettivamente, il disallineamento sia riferibile all'attivo o al passivo.

Le differenze di fusione possono essere costituite dalle differenze da "concambio" e dalle differenze "da annullamento".

Le differenze da concambio si originano nella fusione tra soggetti indipendenti, non legati da rapporti di partecipazione, e sono determinate dalla differenza esistente tra il valore dell'aumento del capitale sociale della società incorporante e la quota di patrimonio netto contabile di competenza dei soci terzi.

In questo senso, quindi, potrà emergere:

---

<sup>30</sup> G. Iannone, "Incorporazione (e scissione) di società: analisi del disavanzo e dell'avanzo d'annullamento", in "Rivista italiana di ragioneria e di economia aziendale", 1996, pagine 5-6; P. Mandarino "Avanzo e aumento di capitale nella ricostituzione di riserve post-fusione (casi pratici)", in "Impresa c.i.", n. 10/2005, pagina 1498; G. Scalvini, "Le differenze di fusione. Un'analisi comparata" in "Il sole 24 ore", Milano 1997.

<sup>31</sup> Cassazione, 22 novembre 2000, n. 15093, secondo cui "in tema di fusione di società per incorporazione, disavanzo da annullamento e disavanzo da concambio sono radicalmente diversi. Il primo, che presuppone l'incorporazione di una società (totalmente o parzialmente) posseduta, esprime, infatti, la differenza tra il valore netto del patrimonio dell'incorporata ed il prezzo pagato per l'acquisto delle partecipazioni che lo rappresentano, annullate per effetto della fusione: la sua utilizzazione è diretta, pertanto, a "riallineare" il valore contabile del patrimonio netto dell'incorporata al costo delle partecipazioni, facendo emergere valori (come quello relativo all'avviamento) che nel bilancio d'esercizio dell'incorporata non erano stati (né potevano essere) considerati.

Il disavanzo da concambio in caso d'incorporazione è dato, invece, dalla differenza tra il capitale della società incorporante e quello dell'incorporata: esso non è quindi espressivo di una differenza tra i valori contabili e quelli correnti del patrimonio di quest'ultima società ed è pertanto evidente che una rivalutazione del patrimonio dell'incorporata assumerebbe in tal caso un significato del tutto diverso da quello appena considerato".

- un *disavanzo da concambio* nel caso in cui il valore dell'aumento del capitale dell'incorporante sia maggiore rispetto alla corrispondente quota di terzi del patrimonio netto dell'incorporata;
- un *avanzo da concambio* nel caso in cui il valore dell'aumento di capitale sociale dell'incorporante sia minore rispetto alla corrispondente quota di terzi del patrimonio netto contabile dell'incorporata.

Nelle operazioni di fusione per incorporazione in cui vi è più di una società incorporata possono aversi contemporaneamente un disavanzo per una o più società ed un avanzo per altre società e, al fine di determinare le differenze da concambio, l'importo dell'aumento del capitale sociale dell'incorporante è frazionato in più parti, in base al rapporto di cambio con ciascuna delle società incorporate. Analogo frazionamento dovrà effettuarsi nell'ipotesi di fusione propria in cui emergano contemporaneamente sia un avanzo che un disavanzo.

Viceversa le differenze da annullamento si originano nella fusione fra soggetti che sono legati tra loro da rapporti partecipativi, e derivano dalla differenza tra il valore della partecipazione nella società incorporata iscritto nel bilancio della società incorporante e la quota di patrimonio netto contabile dell'incorporata di competenza dell'incorporante.

In quest'ipotesi, quindi, potrà emergere:

- un *disavanzo da annullamento*: nel caso in cui il valore contabile della partecipazione annullata è superiore alla quota di pertinenza del patrimonio netto contabile dell'incorporata;
- un *avanzo da annullamento*: nel caso in cui il valore contabile della partecipazione annullata è inferiore alla quota di pertinenza del patrimonio netto contabile dell'incorporata.

L'avanzo e il disavanzo da annullamento possono essere legati alla presenza di molteplici cause (si pensi, a titolo esemplificativo, all'avviamento, alle plusvalenze latenti ovvero alle perdite) ma la causa principale del disallineamento tra il valore contabile della partecipazione e quello del patrimonio netto della partecipata è, tuttavia, spesso imputabile al trattamento contabile ante fusione della partecipazione nell'incorporata, che ne condiziona la successiva iscrizione nel bilancio dell'incorporante.

A quest'ultimo riguardo, infatti, occorre considerare che le differenti modalità di contabilizzazione delle partecipazioni ante-fusione possono determinare valori di bilancio diversi che, nel bilancio post-fusione, si riflettono sull'entità del disallineamento da annullamento. In particolare:

- con il metodo di valutazione al "patrimonio netto": le differenze di fusione dovrebbero sensibilmente diminuire.
- il metodo di valutazione "al costo" limita la possibilità di operare una rappresentazione veritiera e corretta della situazione patrimoniale, economica e finanziaria della società, in quanto si basa su un valore svincolato dall'andamento della gestione della partecipata.<sup>32</sup>

## 2.6.1 Il disavanzo di fusione: trattamento contabile

In virtù di quanto previsto dal comma 4 dell'articolo 2504-bis del Codice Civile il disavanzo di fusione deve essere imputato ove possibile, agli elementi dell'attivo e del passivo delle società partecipanti alla fusione e, per la differenza, ad avviamento (previo rispetto delle condizioni previste dall'articolo 2426, comma 1, n. 6, del Codice Civile<sup>33</sup>).

<sup>32</sup> R. Moro Visconti, "OIC 4 differenze di fusione", in "Impresa c.i.", n. 11/2007, pagina 1485.

<sup>33</sup> Articolo 2426, comma 1, n. 6, del Codice Civile: "l'avviamento può essere iscritto nell'attivo con il consenso del collegio sindacale, se acquisito a titolo oneroso, nei limiti del costo per esso sostenuto e deve essere ammortizzato entro un periodo di cinque anni. E' tuttavia consentito ammortizzare sistematicamente l'avviamento in un periodo limitato di durata superiore, purché esso non superi la durata per l'utilizzazione di questo attivo e ne sia data adeguata motivazione nella nota integrativa".



In quest'ultima ipotesi, qualora l'avviamento non esista, oppure risulti inferiore rispetto al disavanzo, la posta dovrà essere rilevata nella modalità più consona rispetto alla sua natura economica. Si giunge a questa soluzione applicando in via analogica le disposizioni del comma 3, dell'articolo 33, del Decreto Legislativo n. 127/1991<sup>34</sup> e, inoltre, il contenuto del Principio Contabile 17.

### Esempio

Si ipotizzi il caso di una fusione per incorporazione delle società B nella società A. La situazione contabile della società A post-fusione è la seguente:

Disavanzo di fusione:	100
Valore contabile delle attività patrimoniali:	200
Valore corrente delle attività patrimoniali:	280

Il disavanzo emergente dall'operazione pari a 100, dovrà essere allocato, in via prioritaria, tra le attività/passività patrimoniali.

In particolare, poiché il valore corrente delle attività possedute dalla società A è pari a 280, a fronte di un valore contabile delle attività stesse di importo pari a 200, il disavanzo di fusione verrà imputato per 80 (importo corrispondente alla differenza tra il valore corrente pari a 280 e il valore contabile pari a 200) alle attività patrimoniali iscritte in bilancio e, per la parte eccedente (pari a 20) sarà imputato ad avviamento (a condizione che siano rispettate le condizioni previste dall'articolo 2426, comma 1, n. 6, del Codice Civile).

### A) Il disavanzo da annullamento

L'individuazione della natura economica delle differenze da annullamento, e, di conseguenza, il trattamento contabile più corretto, dipende dal lasso di tempo che intercorre tra l'acquisizione della partecipazione di controllo e la successiva incorporazione della partecipata. Infatti, nell'ipotesi in cui tra la data di acquisizione della partecipazione e l'operazione di fusione dovesse trascorrere un consistente lasso temporale, l'individuazione della natura delle differenze di fusione diventerebbe più complessa in quanto le stesse potrebbero assumere una natura "ibrida" (ovvero derivare da una combinazione delle cause sotto riportate).

Le cause principali che possono originare un disavanzo da annullamento sono<sup>35</sup>:

- *“il costo della partecipazione è maggiore del patrimonio netto contabile della partecipata perché all'atto dell'acquisto della partecipazione, si è tenuto conto delle plusvalenze latenti dei beni e dell'avviamento della partecipata, di “entità immateriali” non iscritte in bilancio (marchi, know-how, ecc.), delle sinergie derivanti dall'inserimento della partecipata nel gruppo di società che fa capo alla partecipante o di un premio di maggioranza per l'acquisizione del controllo”;*
- *“la partecipata, dall'acquisto della partecipazione all'epoca della fusione, ha subito perdite d'esercizio, che, non essendo ritenute “durevoli” non hanno provocato una corrispondente svalutazione della partecipazione”;*

<sup>34</sup> L'articolo 33, commi 2 e 3, del Decreto Legislativo n. 127/1991 sul trattamento contabile delle differenze da consolidamento, stabilisce che le differenze contabili sono imputate dove possibile agli elementi dell'attivo e del passivo delle società incluse nel consolidamento; se l'imputazione non è possibile, o se residua un'ulteriore differenza, questa è considerata avviamento, nel caso in cui non può essere considerata avviamento è eliminata dall'attivo, portandola in detrazione dalla riserva da consolidamento. Il Principio Contabile 17 prevede che se la riserva da consolidamento non esiste o è insufficiente, l'importo non assorbito da questa riserva è imputato a conto economico consolidato.

<sup>35</sup> OIC 4, paragrafo n. 4.4.3.1 lettera A).

- *“la partecipazione ha subito nel corso del tempo rivalutazioni per effetto delle varie “leggi speciali” che si sono susseguite nel nostro Paese, mentre i beni della partecipata non sono stati rivalutati”;*
- *“il costo pagato a suo tempo per l’acquisto della partecipazione è stato eccessivo rispetto al valore economico effettivo della medesima, a causa dell’influenza di fattori extraeconomici (ad esempio l’esigenza di assicurarsi il controllo di un’impresa concorrente) o perché l’acquisto ha risentito della maggiore forza contrattuale del venditore”.*

Come visto in precedenza al momento in cui sono note la natura e l’origine del disavanzo, è necessario procedere all’allocazione dello stesso. Quest’ultimo deve essere imputato prioritariamente alle attività e passività patrimoniali e, solo in via residuale, ad avviamento. Nello specifico, occorre precisare che, nell’allocazione del disavanzo è necessario fare riferimento a “valori correnti”<sup>36</sup> dotati di una propria “funzionalità” in relazione al contesto produttivo unificato post-fusione che, da un lato, non siano incompatibili con la struttura produttiva preesistente dell’incorporante e, dall’altro, siano recuperabili tramite i flussi finanziari e reddituali futuri.

Se il disavanzo non trova piena capienza nelle attività, la differenza residua non può essere considerata come avviamento a priori ma, al contrario, è necessario procedere ad una valutazione in merito all’esistenza dell’avviamento stesso.

In caso d’iscrizione dell’avviamento, esso andrà assoggettato ad ammortamento in conformità dell’articolo 2426, comma 1, n. 6, del Codice Civile, per tutta la durata della presunta vita utile. Inoltre, ai sensi del comma 3 dell’articolo 2426 del Codice Civile, l’avviamento deve essere assoggettato al test di verifica del valore e, nell’ipotesi di perdite durevoli, il residuo costo non ancora ammortizzato deve essere ridotto o annullato.

Per quanto riguarda la determinazione dei valori correnti delle attività e dell’avviamento, un importante punto di riferimento è costituito dalla relazione sulla fusione degli amministratori e degli esperti incaricati della valutazione della congruità del rapporto di cambio e dalla relazione di stima del professionista incaricato dagli amministratori della valutazione delle società che partecipano all’operazione.

Infine, si sottolinea che, nel caso in cui il disavanzo da annullamento, in base alla sua origine e natura economica, corrisponda a perdite pregresse o ad un “eccesso di costo”, lo stesso deve essere eliminato ovvero portato a riduzione del patrimonio netto post-fusione, compensato con una o più riserve o, se questo non è possibile, imputato a conto economico, come previsto dal Principio Contabile n. 17 sul bilancio consolidato.

Non è possibile, invece, iscriverlo nell’attivo di Stato Patrimoniale come un onere pluriennale, in quanto non è un elemento patrimoniale in grado di fornire utilità futura.

## **B) Il disavanzo da concambio**

Il disavanzo da concambio deriva, in genere, dalla mancata coincidenza nei rapporti tra i valori economici effettivi e i valori contabili dei patrimoni netti delle società interessate e dal rapporto esistente, alla data di efficacia della fusione, tra il capitale sociale dell’incorporante e il patrimonio netto contabile dell’incorporata<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> L’articolo 2504-bis, richiama l’imputazione ai valori correnti “ove possibile”, ciò significa che, i valori correnti devono essere “effettivamente sussistenti” e non devono essere superiori al “valore economicamente recuperabile” (come precisato dall’articolo 2426 Codice Civile). Infatti, nell’ipotesi in cui il disavanzo corrisponda all’importo di perdite pregresse dell’incorporata o ad un “eccesso di costo” nell’acquisto della partecipazione, lo stesso non può essere imputato né ai maggiori valori correnti delle attività, né all’avviamento, in quanto questa differenza non rappresenterebbe valori economici effettivamente esistenti e recuperabili con la gestione.

<sup>37</sup> Nella fusione vera e propria, anziché all’incorporata, si farà riferimento alla società fusa; nel prosieguo si continuerà a riferirsi alla incorporata, per semplicità espositiva, ma quanto esposto vale anche per la società fusa in caso di fusione vera e propria.

Secondo una parte della dottrina, il disavanzo da concambio avrebbe solo natura casuale e, in quanto tale, sarebbe privo di un significato economico. In particolare, questo filone dottrinario ritiene che lo stesso corrisponda al “costo di acquisizione” del patrimonio netto dell’incorporata e, dunque, che non possa essere sostituito dai maggiori valori correnti e dall’avviamento della incorporata stessa. Questa tesi non è condivisibile in quanto il rapporto di cambio, determinato a seguito di un negoziato tra le parti, soprattutto in una fusione tra parti indipendenti, corrisponde al “costo di acquisizione” dell’incorporata ed è giustificato dal maggior valore dell’incorporata rispetto al suo attivo netto contabile.

Ciò vale nel caso in cui, attraverso la fusione, si realizzi un cambiamento di controllo dell’incorporata, ma vale anche in presenza di minoranze “indipendenti”, che hanno negoziato il rapporto di cambio in termini “indipendenti”.

Come nel caso di disavanzo da annullamento, anche il disavanzo da concambio, può essere sostituito dai valori correnti delle attività e passività e/o dall’avviamento dell’incorporata. Al fine di assicurare l’effettività del nuovo capitale sociale è necessario che venga redatta la relazione di stima del patrimonio della società incorporata ai sensi dell’articolo 2423 del Codice Civile con riferimento alla data di efficacia della fusione<sup>38</sup>.

Il trattamento contabile del disavanzo da concambio risulta analogo al trattamento del disavanzo da annullamento, pertanto esso va allocato in via prioritaria agli elementi dell’attivo e del passivo e solo in via residuale ad avviamento. Per la determinazione dei valori correnti delle attività e passività, come precedentemente illustrato, si fa riferimento alla relazione dell’organo amministrativo e alla relazione di stima del patrimonio della società incorporata effettuata su richiesta dell’organo amministrativo di questa.

## Esempio

Si ipotizzi una fusione tra due società indipendenti (ovvero non legate da vincoli di partecipazione): la società Alfa (incorporante) e la società Beta (incorporata). Alla data di efficacia della fusione le due società presentano i seguenti stati patrimoniali.

<b>Situazioni patrimoniali di Alfa e di Beta prima della fusione</b>			
<b>Attività</b>		<b>Passività</b>	
<b><u>Alfa</u></b>			
Crediti	20.000	Debiti	2.000
		Capitale sociale	18.000
<b>Totale attivo</b>	<b>20.000</b>	<b>Totale passivo</b>	<b>20.000</b>
<b><u>Beta</u></b>			
Immobili	12.000	Debiti	4.000
		Capitale sociale	6.000
		Riserve	2.000
<b>Totale attivo</b>	<b>12.000</b>	<b>Totale passivo</b>	<b>12.000</b>

<sup>38</sup> Come richiesto dalla Massima n. 72 del Consiglio Notarile di Milano del novembre 2005 in tema di “imputazione del disavanzo da concambio nella fusione e nella scissione”.

Si consideri che la società Alfa sia stata recentemente costituita e che il suo “capitale economico” sia pari al suo capitale sociale, mentre la società Beta evidenzia un plusvalore sugli immobili pari a 1.000. I rispettivi capitali economici sono i seguenti:

Alfa: 18.000

Beta: 9.000

Entrambe le società hanno azioni di valore nominale unitario, pertanto la quota di partecipazione dei soci di Beta (società incorporata) al capitale sociale di Alfa (società incorporante) è funzione dei rispettivi “capitali economici” ed è determinata dalla seguente proporzione:

$$9.000 : (9.000 + 18.000) = 33,33\%$$

Il capitale sociale di Alfa sarà pertanto aumentato di 9.000, importo derivante dalla seguente proporzione:

$$6.000 : (1 - 33,33\%) = 9.000$$

La società Alfa dopo la fusione e prima dell'imputazione del disavanzo, presenterà la seguente situazione:

<b>Situazione patrimoniale di Alfa post fusione</b>			
<b>Attività</b>		<b>Passività</b>	
Immobili	12.000	Debiti	6.000
Crediti	20.000	Capitale sociale	27.000
Disavanzo da concambio	1.000		
<b>Totale attivo</b>	<b>33.000</b>	<b>Totale passivo</b>	<b>33.000</b>

La società Alfa procederà all'imputazione del disavanzo alla voce immobili come segue:

<b>Situazione patrimoniale di Alfa post fusione</b>			
<b>Attività</b>		<b>Passività</b>	
Immobili	13.000	Debiti	6.000
Crediti	20.000	Capitale sociale	27.000
<b>Totale attivo</b>	<b>33.000</b>	<b>Totale passivo</b>	<b>33.000</b>

È necessario considerare che la plusvalenza rilevata sugli immobili crea, ai fini fiscali, una differenza temporanea imponibile che comporta la rilevazione delle imposte differite. Pertanto, supponendo per semplicità che il tasso complessivo d'imposta (IRES e IRAP) sia pari al 31,5% e supponendo, inoltre, che il valore corrente degli immobili sia superiore a 13.000 e consenta, quindi, l'iscrizione di una plusvalenza di 1.460, nella situazione patrimoniale post-fusione dell'incorporante (bilancio di apertura), gli immobili saranno esposti per un valore di 13.460, mentre nel passivo figurerà un fondo imposte differite per 460 (pari al 31,5% di 1.460). In questo modo la rivalutazione complessiva del patrimonio netto della società incorporata sarà pur sempre mantenuta nei limiti del disavanzo di 1.000 (1.460 – 460)<sup>39</sup>.

<sup>39</sup> L'esempio è tratto dal documento OIC n. 4, paragrafo 4.4.3.1. lettera B). Tuttavia, le considerazioni finali sono state modificate in relazione alle nuove aliquote IRES e IRAP.

## 2.6.2 L'avanzo di fusione: trattamento contabile

L'articolo 2504-bis, comma 4, del Codice Civile stabilisce 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 rischi e oneri”.

### A) Avanzo da annullamento

Così come visto al precedente paragrafo 2.6.1 con riferimento al disavanzo da annullamento, anche per l'avanzo da annullamento è possibile individuare una pluralità di cause generatrici che, a distanza di tempo, combinandosi tra loro, possono rendere difficile l'attribuzione allo stesso di una natura economica univoca. In particolare, l'avanzo da annullamento può originarsi da:

- l'effettuazione dell'acquisto a condizioni particolarmente vantaggiose. L'acquisto della partecipazione può essere definito un buon “affare”;
- la rivalutazione dei beni della partecipata in base a leggi speciali mentre la partecipazione non è stata rivalutata;
- la formazione di riserve di utili nella partecipata, nel periodo intercorrente tra l'acquisizione della partecipazione e la data di efficacia della fusione, che non hanno comportato un corrispondente aumento nel valore contabile (costo) della partecipazione, cosa che sarebbe avvenuta se fosse stata valutata col metodo del patrimonio netto;
- l'effettuazione dell'acquisto prevedendo oneri e perdite future della partecipata o tenendo conto dell'esistenza di un *badwill* per insufficiente redditività, che hanno influito sul prezzo; oppure il patrimonio netto contabile della partecipata è stato sopravvalutato a causa, ad esempio, della mancata iscrizione o del sottodimensionamento di uno o più fondi rischi o della mancata svalutazione di immobilizzazioni o di partecipazioni per perdite durevoli di valore, di controversa determinazione.

Ai sensi dell'articolo 2504-bis, comma 4, ultimo periodo, del Codice Civile, l'avanzo dovrà:

- se ha la natura di utile, o se corrisponde a rivalutazioni dei beni della partecipata: essere iscritto in apposita riserva di patrimonio netto che assumerà la denominazione “*Riserva avanzo di fusione*”, come previsto dal Principio Contabile n. 28, o utilizzato per la ricostituzione, nel bilancio dell'incorporante, di riserve in sospensione d'imposta, come previsto dall'articolo 172 TUIR;
- se costituisce il valore attuale di oneri o perdite futuri o un *badwill*, per insufficiente redditività: essere iscritto in un apposito fondo rischi (che assumerà una specifica denominazione, quale, a titolo di esempio “*Fondo rischi per oneri e perdite da fusione*”) e utilizzabile negli esercizi successivi al verificarsi degli oneri, delle perdite o dei minori utili previsti.

Si ricorda, infine, che nell'ipotesi in cui l'avanzo fosse determinato - sia pure in parte - da una non corretta redazione del bilancio di chiusura o del bilancio del precedente esercizio (si pensi, a titolo esemplificativo, all'ingiustificata o eccessiva capitalizzazione di costi oppure all'omessa o insufficiente iscrizione di passività quali i fondi per rischi e oneri) prima di procedere al trattamento contabile sopra indicato, sarà necessario effettuare le relative rettifiche che ne ridurranno l'importo.

### B) Avanzo da concambio

La dottrina prevalente ritiene l'avanzo da concambio assimilabile ad una “*riserva sovrapprezzo azioni*” o ad una generica riserva di capitale. L'avanzo sarà iscritto, come disposto dall'articolo 2504-bis del Codice Civile, nella “*riserva avanzo di fusione*” qualora non ricorrano le condizioni per l'iscrizione dello stesso, seppure parziale, nel “*Fondo rischi per oneri e perdite da fusione*” sopra citato.

Inoltre, è necessario evidenziare che, l'intero importo dell'avanzo (o parte di esso) nella prassi viene utilizzato per la ricostituzione delle riserve in sospensione d'imposta ai sensi dell'articolo 172 del TUIR (per un approfondimento si rinvia a quanto esposto al successivo paragrafo 3.3).

A chiusura dei paragrafi relativi alle differenze di fusione, viene riportata una tabella riepilogativa delle possibili combinazioni concomitanti nella fusione tra due società:

	<b>Disavanzo da concambio</b>	<b>Disavanzo da annullamento</b>
<b>Disavanzo da annullamento</b>	L'incorporanda ha un plusvalore (avviamento) relativo che si riflette sia nell'annullamento della partecipazione, sia nel riconoscimento di un premio ai suoi "concambiati".  I due plusvalori interagiscono (coerentemente) tra di loro.	
<b>Avanzo da annullamento</b>		

	<b>Disavanzo da concambio</b>	<b>Disavanzo da annullamento</b>
<b>Disavanzo da annullamento</b>		
<b>Avanzo da annullamento</b>	La partecipazione posseduta dall'incorporante nell'incorporanda è inferiore al pro-quota del patrimonio netto che sarà annullato; malgrado ciò, l'incorporanda ha un plusvalore relativo di mercato rispetto all'incorporante, che ne premia i soci "concambiati".	

	<b>Disavanzo da concambio</b>	<b>Disavanzo da annullamento</b>
<b>Disavanzo da annullamento</b>		L'incorporanda ha un plusvalore contabile (ad esempio, per partecipazione contabilizzata al costo di acquisizione), cui però si associa un minusvalore di mercato relativo rispetto all'incorporante (intrinsecamente dotata di un maggior avviamento non contabilizzato, da cui discende un più elevato differenziale tra valore di mercato e valore contabile del patrimonio netto).
<b>Avanzo da annullamento</b>		

	<b>Disavanzo da concambio</b>	<b>Disavanzo da annullamento</b>
<b>Disavanzo da annullamento</b>		
<b>Avanzo da annullamento</b>		L'incorporanda ha un minusvalore contabile, (rispetto alla partecipazione iscritta nell'incorporante), cui si associa anche un minusvalore di mercato rispetto

	all'incorporante. I due minusvalori interagiscono (coerentemente) tra di loro.
--	--

## 2.7 Primo bilancio successivo all'operazione di fusione

Nel primo bilancio d'esercizio successivo alla fusione, per ogni voce dell'attivo e del passivo i singoli conti delle società partecipanti alla fusione devono essere aggregati in un'unica voce di identico contenuto e devono essere applicati i principi di redazione e valutazione previsti dal Codice Civile in materia (questa aggregazione deve essere effettuata anche con riferimento al conto economico nell'ipotesi di retrodatazione degli effetti contabili dell'operazione).

Per ciò che riguarda i dati comparativi, si evidenzia che, nell'ipotesi di:

- **fusione per incorporazione:** devono essere indicati i dati dell'esercizio precedente (anteriore a quello di completamento del procedimento di fusione) relativamente alla società incorporante;
- **fusione propria:** non deve essere esposto nulla tenuto conto del fatto che la società risultante dalla fusione è una nuova società.

Si precisa, inoltre, che nel caso di fusione per incorporazione, al fine di consentire al lettore del bilancio una maggiore comprensione degli effetti contabili derivanti dall'operazione di fusione, deve essere predisposta una tabella, da allegare alla nota integrativa che, sia con riferimento allo stato patrimoniale sia con riferimento al conto economico, riporti in colonne affiancate:

- gli importi risultanti dal bilancio del precedente esercizio (dell'incorporante);
- gli importi iscritti per tutte le incorporate (cumulativamente se sono più di una) nel bilancio di apertura;
- gli importi dell'incorporata iscritti nel bilancio dell'esercizio, se determinabili senza eccessiva difficoltà.

Lo scopo della sopra citata tabella è quello di rendere conoscibile ai soci e agli altri portatori di interessi la composizione del patrimonio delle società incorporate preso in carico dall'incorporante.

## 2.8 Fusione inversa

La fusione inversa è una forma particolare di fusione per incorporazione, nella quale la società partecipata incorpora la società partecipante.

Nelle ipotesi in cui la partecipante esercita il controllo sulla partecipata, si possono verificare i tre seguenti casi:

- la società controllante – incorporata detiene il 100% della società controllata – incorporante (è questa l'ipotesi "principale" di fusione inversa)<sup>40</sup>;
- la società controllante – incorporata detiene una partecipazione di maggioranza non totalitaria nella società controllata – incorporante;
- la società controllante – incorporata possiede una partecipazione di controllo non maggioritario nella società controllata – incorporante (articolo 2359, comma 1, n. 2, del Codice Civile)<sup>41</sup>.

La fusione inversa ha la medesima disciplina giuridica della fusione diretta; tuttavia, la stessa presenta alcuni aspetti peculiari (in particolare, in tema di utilizzo delle azioni della controllata-incorporante possedute

<sup>40</sup> In questa ipotesi, si può verificare il caso in cui la controllante-incorporata è una holding di partecipazioni che ha nel suo attivo unicamente la partecipazione totalitaria nella società controllante – incorporata.

<sup>41</sup> Si segnala che quest'ultima ipotesi non è trattata nel Principio Contabile OIC 4.

dalla controllante/incorporata e di valutazione delle attività e passività della controllata – incorporante) di seguito esaminate.

Le ragioni economiche che possono determinare l'effettuazione di un'operazione di fusione inversa si fondano, generalmente, sull'ottenimento di risparmi di natura economica (si pensi, a titolo esemplificativo, all'ipotesi in cui alla società controllata facciano capo determinati rapporti giuridici o beni la cui trasferibilità risulti onerosa, difficoltosa o impossibile oppure all'ipotesi in cui la controllata goda di un particolare *status*). Al riguardo si evidenzia, inoltre, che la fusione inversa potrebbe determinare benefici in termini di adempimenti amministrativi e contabili, quali, ad esempio, le comunicazioni a clienti e fornitori, le volture di licenze e autorizzazioni, il subentro nei rapporti contrattuali e le trascrizioni ipotecarie e catastali.

## 2.8.1 Aspetti contabili

Nella fusione inversa, fra gli elementi dell'attivo dell'incorporata che vengono recepiti dall'incorporante a seguito dell'operazione di fusione si colloca anche la voce "azioni o quote della società incorporante".

Al riguardo, si sono formati due diversi orientamenti giurisprudenziali, in relazione all'applicabilità o meno alla fusione inversa della disciplina relativa all'acquisto di azioni proprie. Nello specifico i due filoni possono essere sintetizzati nelle seguenti pronunce giurisprudenziali principali:

- la prima,<sup>42</sup> secondo la quale alla fusione inversa è applicabile la disciplina relativa all'acquisto di azioni proprie (pertanto, sarà necessario costituire un'apposita riserva pari al valore di queste azioni). In questa ipotesi, quindi, non si potrebbe procedere all'effettuazione di un'operazione di fusione inversa se nel patrimonio netto della società incorporante non sono presenti riserve disponibili o utili non distribuiti sufficienti a stanziare una riserva per acquisto azioni proprie di importo pari al valore delle azioni proprie presenti nel bilancio della controllante – incorporata;
- la seconda<sup>43</sup> in base alla quale non è applicabile alla fusione inversa la disciplina relativa all'acquisto di azioni proprie e, conseguentemente non è applicabile il disposto dell'articolo 2357-ter del Codice Civile.

In merito all'ipotesi di fusione inversa in cui la controllante ha una partecipazione totalitaria nella controllata – incorporante, parte della dottrina sostiene che si possa configurare il caso di possesso di azioni proprie (e, quindi, che sia applicabile il disposto dell'articolo 2357-bis del Codice Civile) ma non sia applicabile, invece, l'ultimo comma dell'articolo 2357-ter del Codice Civile (ovvero la disposizione che prevede l'iscrizione di una riserva pari al valore contabile delle azioni proprie) ad esclusione dell'ipotesi in cui il possesso di azioni proprie si protragga successivamente alla conclusione dell'operazione di fusione.

Con riferimento al rapporto di concambio e assegnazione delle azioni dell'incorporante ai soci dell'incorporata controllante nella prassi si verifica, generalmente, quanto segue:

- l'incorporante procede ad un aumento di capitale sociale sulla base del valore di cambio fra incorporante e incorporata;

<sup>42</sup> Tribunale di Milano, Decreto 4 maggio 1999, con nota di M. S. Spolidoro in "Le società", n. 3/2000, con la seguente massima: "Anche in presenza di operazioni di fusione, ove emerga un acquisto di azioni proprie, è imprescindibile la costituzione di una riserva pari all'importo di dette azioni, ai sensi del comma 3, dell'art. 2357-ter del Codice Civile o, comunque che il patrimonio netto della società incorporante contenga valori corrispondenti a tale riserva".

<sup>43</sup> Si tratta della Sentenza del 14 dicembre 1995 della Corte di Appello di Venezia, secondo la quale "Nella fusione per incorporazione in cui l'incorporanda è unico socio dell'incorporante, l'intero capitale di quest'ultima a seguito dell'annullamento dell'intero capitale sociale della prima, che si estingue, viene intestato ai soci dell'incorporanda, nella stessa misura delle quote da loro possedute nell'incorporanda medesima, anteriormente alla fusione. Pertanto, realizzandosi l'annullamento della partecipazione istantaneamente all'atto di fusione, non può parlarsi in senso proprio di trasferimento quote e quindi di acquisto di proprie quote da parte della società incorporante".



- le azioni dell'incorporante emesse vengono assegnate ai soci della società incorporata, in base al rapporto fra i valori effettivi dei patrimoni delle due società (nell'ipotesi di controllo al 100% i soci dell'incorporata ricevono le azioni dell'incorporante nella stessa proporzione della loro partecipazione nell'incorporata);
- (infine) si procede all'annullamento delle azioni proprie ed alla conseguente riduzione del capitale stesso.

Dal punto di vista operativo, nell'ipotesi di partecipazione totalitaria dell'incorporata nell'incorporante, l'operazione può essere anche realizzata senza aumentare il capitale sociale, ma assegnando le azioni "proprie" ai soci della controllante – incorporata. Questa modalità evita il passaggio intermedio dell'aumento di capitale e del successivo annullamento delle azioni proprie.

In relazione al trattamento contabile dell'operazione di fusione inversa, sia ai fini della redazione del bilancio di apertura dopo la fusione, sia ai fini dell'applicazione delle disposizioni dell'articolo 2504-bis, comma 4, del Codice Civile, si pongono i seguenti problemi:

- la determinazione della natura delle differenze di fusione che si creano in sede di redazione del "bilancio di apertura";
- l'applicabilità della disciplina dei disavanzi e degli avanzi di fusione (prevista dall'articolo 2504-bis del Codice Civile) e, in particolare, la possibilità di sostituire il disavanzo di fusione con i maggiori valori correnti dei beni e dell'avviamento della società controllata – incorporante (in particolare nell'ipotesi di fusione inversa in cui la società controllante possiede il 100% della società controllata – incorporante e, quando, in questo caso, la controllante incorporata è una *holding* di partecipazioni che ha al suo attivo unicamente la partecipazione al 100% nella società controllata – incorporante).

In linea generale, sono applicabili alla fusione inversa le condizioni e le limitazioni indicate al precedente paragrafo 2.6.1 in relazione alla sostituzione del disavanzo di fusione (sia da annullamento sia da concambio).

Di seguito vengono analizzate le due fattispecie di fusione inversa maggiormente frequenti.

#### **A) Ipotesi principale di fusione inversa con partecipazione di controllo totalitaria**

Nell'ipotesi in cui la controllante – incorporata possieda come unica attività una partecipazione totalitaria nel patrimonio della società controllata – incorporante, per la risoluzione dei problemi sopra indicati occorre considerare quanto segue:

- le azioni della controllata – incorporante di cui la stessa viene in possesso a seguito della fusione dovrebbero essere assegnate ai soci della controllante – incorporata anziché essere annullate (questa assegnazione deve avvenire, secondo dottrina e giurisprudenza prevalenti, nella stessa proporzione in cui essi partecipavano al capitale della controllante – incorporata<sup>44</sup>);
- il complesso economico unificato post – fusione avrà lo stesso valore economico sia nell'ipotesi di fusione per incorporazione diretta sia in quella di fusione per incorporazione "rovesciata" (inversa); ciò in quanto entrambe costituiscono modalità diverse della fusione per incorporazione ed entrambe sono assoggettate alla medesima disciplina giuridica;

<sup>44</sup> In questo caso si verifica una sostituzione delle azioni della società controllante – incorporata che vengono annullate, con le azioni della controllata – incorporante e, pertanto, un vero e proprio concambio. Quest'ultimo, non essendo determinato in base ai valori effettivi dei patrimoni delle due società non necessita dell'accertamento di congruità da parte dell'esperto nominato dal tribunale. Viceversa, il ricorso all'esperto del tribunale si ritiene necessario qualora debbano determinarsi rapporti di cambio multipli (ad esempio per la presenza nella controllante – incorporata di varie categorie di azioni mentre la incorporante – controllata ha solo azioni ordinarie salvo che, come rilevato in dottrina, l'incorporante non abbia un unico socio che detenga interamente la partecipazione).

- il valore finale del complesso aziendale, unificato dopo la fusione, non si modifica né nell'ipotesi in cui le azioni della società controllata – incorporante siano utilizzate da quest'ultima per il concambio né nell'ipotesi in cui le stesse siano considerate azioni proprie ed annullate;<sup>45</sup>
- l'applicazione del principio della prevalenza della sostanza sulla forma prevede che, indipendentemente dalle modalità di attuazione dell'operazione di fusione, per i soci della controllante – incorporata i beni della controllata – incorporante assumono sempre lo stesso costo e l'attribuzione del plusvalore agli elementi dell'attivo della controllata – incorporante e l'iscrizione dell'avviamento rispondono sempre al principio dettato dall'articolo 2504-bis, comma 4, del Codice Civile, con il trasferimento del costo della partecipazione sui beni della controllata.

In conclusione, nell'ipotesi principale di fusione inversa sopra esaminata, l'eventuale disavanzo, in presenza delle condizioni indicate al paragrafo 2.6.1, deve essere imputato alle attività e passività della società controllata – incorporante e/o al suo avviamento.

### **B) Fusione inversa con partecipazione di controllo non totalitaria**

Nell'ipotesi in esame, nella società controllata – incorporante sono presenti dei soci di minoranza per cui il capitale sociale post – fusione non può essere attribuito per intero ai soci della società controllante-incorporata, ma deve essere ripartito anche ai soci di minoranza. In questo caso, pertanto, sarà necessario determinare i valori economici effettivi dei patrimoni delle due società al fine di determinare il rapporto di cambio. Nello specifico, inoltre, la società controllata – incorporante effettuerà un aumento di capitale sociale da attribuire ai soci dell'incorporata – controllante mentre i soci di minoranza dell'incorporante manterranno le azioni già possedute. Pertanto, le azioni proprie ottenute, rappresentative di una partecipazione non più totalitaria saranno in genere annullate generando, per differenza tra il loro valore contabile e la corrispondente frazione di patrimonio netto contabile dell'incorporante – controllata, una differenza di fusione (avanzo o disavanzo).

In relazione al trattamento contabile delle differenze originate dall'annullamento sono valide le stesse considerazioni effettuate al precedente punto A). Per il disavanzo da concambio derivante dall'emissione di azioni nuove si seguono i criteri indicati, per la fusione diretta al precedente paragrafo 2.6.1.

Allo scopo di chiarire quanto sopra esposto, si propongono di seguito alcuni esempi<sup>46</sup>.

#### **Esempio 1 (fusione diretta)**

Nell'ipotesi di fusione diretta fra la controllante A e la controllata B non c'è concambio; il disavanzo da annullamento di 600 è sostituito dai maggiori valori correnti e dall'avviamento di B.

	<b>Società A (controllante)</b>	<b>Società B (controllata)</b>	<b>A+B</b>
Attività	-	800	800
Partecipazione in B	1.000	-	
Disavanzo da annullamento	-	-	600
<b>TOTALE</b>	<b>1.000</b>	<b>800</b>	<b>1.400</b>
Debiti	900	400	1.300

<sup>45</sup> Si segnala che, sulla base dei presupposti citati, i valori correnti delle attività e passività ed il relativo avviamento della controllata – incorporante, emersi in sede di fusione diretta nei limiti del disavanzo di fusione, possono essere fatti emergere anche nell'ipotesi di fusione inversa.

<sup>46</sup> Gli esempi riportati sono tratti dal principio contabile OIC n. 4, paragrafo 4.6.2, lettera C.

Capitale sociale	100 (100 azioni da 1 €)	400 (400 azioni da 1€)	100 (di A)
<b>TOTALE</b>	<b>1.000</b>	<b>800</b>	<b>1.400</b>

**Esempio 2 (fusione inversa)**
**Ipotesi A**

Si considerino per semplicità gli stessi dati dell'esempio precedente. In questa ipotesi si verifica una diretta distribuzione delle n. 400 azioni di B, venute in possesso dell'incorporante B, ai soci di A in proporzione alla loro partecipazione al capitale sociale di A e il contestuale annullamento delle n. 100 azioni di A da essi possedute (rapporto di cambio 1/4 per ogni azione di A annullata, sono date in cambio n. 4 azioni di B).

<b>1° FASE</b>	<b>B + A</b>
Attività	800
Azioni proprie	1.000
<b>TOTALE</b>	<b>1.800</b>
Debiti	1.300
Capitale sociale	400 (di B)
Avanzo	100
<b>TOTALE</b>	<b>1.800</b>

<b>2° FASE</b>	<b>B + A</b>
Attività	800
Disavanzo	900
<b>TOTALE</b>	<b>1.700</b>
Debiti	1.300
Capitale sociale	400 (di B)
<b>TOTALE</b>	<b>1.700</b>

Distribuite le 400 azioni di B, il disavanzo di 900 è composto di due parti:

- 300 come differenza tra il capitale sociale di B e il capitale sociale di A, da annullare perché non rappresenta maggiori valori latenti dei beni di B incorporante. L'annullamento comporta la contestuale riduzione del capitale sociale dell'incorporante B da 400 a 100;
- 600 come differenza da mantenere, che può essere utilizzata per rivalutare i beni della controllata-incorporante.

Il disavanzo, allora, è pari a quello rilevato nell'esempio 1 di fusione diretta ed ha lo stesso significato economico.

<b>3° FASE</b>	<b>B+A</b>
----------------	------------

Attività	800
Disavanzo	600
<b>TOTALE</b>	<b>1.400</b>
Debiti	1.300
Capitale sociale	100 (di B)
<b>TOTALE</b>	<b>1.400</b>

### **Ipotesi B**

Si consideri il caso dell'aumento di capitale e del successivo annullamento delle azioni proprie ricevute a seguito della fusione. L'aumento di capitale è pari a 100 vale a dire il capitale sociale della controllante-incorporata, perché essa non vale più di 100.

<b>1° FASE</b>	<b>B+A</b>
Attività	800
Azioni proprie	1.000
<b>TOTALE</b>	<b>1.800</b>
Debiti	1.300
Capitale sociale	400 (di B)
Aumento capitale sociale di B	100
<b>TOTALE</b>	<b>1.800</b>

<b>2° FASE</b>	<b>B+A</b>
Attività	800
Disavanzo	600
<b>TOTALE</b>	<b>1.400</b>
Debiti	1.300
Capitale sociale	100 (di B)
<b>TOTALE</b>	<b>1.400</b>

Nella seconda fase sono state annullate le 400 azioni di B rappresentate dalle "azioni proprie" pervenute all'incorporante e si è determinato il disavanzo di 600 (1.000 - 400), il cui importo e la cui natura sono analoghi a quello verificatosi nella fusione inversa con assegnazione diretta ed immediata delle azioni proprie. Anche in questa ipotesi il disavanzo può essere utilizzato per le attribuzioni agli elementi dell'attivo dell'incorporante e l'iscrizione dell'avviamento.

## **2.9 Il bilancio di fusione e il bilancio consolidato**

Come già anticipato nei precedenti paragrafi, l'operazione di fusione per incorporazione può essere realizzata anche in presenza di un rapporto di partecipazione tra le società partecipanti all'operazione. In

questa situazione la controllante può essersi trovata nella condizione di redigere il bilancio consolidato negli esercizi precedenti a quello in cui si realizzano gli effetti reali, contabili e reddituali della fusione stessa.

La regola generale, nella predisposizione del primo bilancio successivo alla fusione, è che esista coerenza nell’allocazione delle differenze di fusione alle singole voci di bilancio, e che pertanto, ove possibile, vengano mantenute le stesse imputazioni già effettuate nel bilancio consolidato (nel presupposto che le stesse siano effettuate secondo corretti principi contabili e che non si siano verificate situazioni che rendano necessarie rettifiche ai conti del bilancio consolidato).

Quanto sopra presuppone, da un lato, il rispetto della “continuità di valori” del bilancio consolidato e, dall’altro, che a livello di gruppo non si siano verificati mutamenti sotto il profilo sostanziale (ciò in quanto non è avvenuto uno scambio economico con terze economie).

In particolare, si segnala che, quanto precedentemente esposto può essere soggetto a delle eccezioni nei casi in cui non siano più valide le condizioni di allocazione iniziali, per esempio, quando la fusione venga effettuata a distanza di un lungo periodo di tempo dall’allocazione originaria. In questa ipotesi, infatti:

- se il maggior prezzo pagato era stato allocato alla voce fabbricati, i quali sono ancora esistenti ed il valore iscritto nel bilancio consolidato è sempre valido, non si potrà ignorare nel procedimento di fusione la voce fabbricati e quindi allocare l’eventuale maggior valore ad altra voce dell’attivo o ad avviamento;
- se il maggior prezzo pagato era stato allocato alla voce impianti, i quali, a seguito della riorganizzazione societaria ed operativa derivante dalla fusione, potrebbero aver subito una diminuzione di valore oltre al normale ammortamento, le condizioni originarie si sarebbero modificate e, quindi, potrebbe essere necessario rivedere quanto imputato nel bilancio consolidato, apportando delle rettifiche all’imputazione originaria.

In virtù di quanto sopra, è necessario considerare che:

- nel caso in cui il perimetro di consolidamento sia costituito da due sole società, la controllante A e la controllata B e, qualora si proceda ad una fusione per incorporazione di B in A: la differenza di fusione dovrebbe essere allocata sulla base dei valori correnti alla data di fusione rispettando – qualora non siano modificate le condizioni originarie – le iniziali allocazioni effettuate nel bilancio consolidato;
- nel caso in cui, invece, il perimetro di consolidamento sia composto da più società (ad esempio, la controllante A e le due controllate B e C) e la fusione avvenga solo tra due di queste (ad esempio la controllante A e la controllata B): troverà applicazione la regola generale sopra indicata in relazione alle società incorporate, mantenendo – ove possibile – le stesse allocazioni previste nel bilancio consolidato all’atto dell’originaria elisione della partecipazione in B da parte di A.

## 2.10 Esempi

Allo scopo di chiarire quanto esposto nei precedenti paragrafi, si riportano di seguito alcuni esempi proposti dal principio contabile OIC 4 (paragrafo 4.8).

### **A) La fusione per incorporazione (senza legami partecipativi)**

Si supponga che non esistano rapporti partecipativi tra le società A e B e che gli stati patrimoniali delle stesse siano i seguenti:

Situazioni patrimoniali di A e B prima della fusione	
Attività	Passività
<b>Società A</b>	

Attività diverse	1.500	Passività diverse	1.200
<b>Totale attivo</b>	<b>1.500</b>	Capitale sociale (n. 200 azioni da 1 €)	200
		Riserve	100
		<b>Totale passivo</b>	<b>1.500</b>
<b>Società B</b>			
Attività diverse	1.000	Passività diverse	400
		Capitale sociale (n. 400 azioni da 1 €)	400
		Riserve	200
<b>Totale attivo</b>	<b>1.000</b>	<b>Totale passivo</b>	<b>1.000</b>

I valori economici delle due società sono i seguenti:

Società A: €. 1.000

Società B: € 2.000

Si supponga che la società B incorpori la società A.

La quota di partecipazione dei soci di A (società incorporata) al capitale sociale di B (società incorporante) è determinata secondo la seguente proporzione:

$$1.000 : (1.000 + 2.000) = 1 / 3$$

Pertanto il capitale sociale di B sarà aumentato di un importo tale da consentire l'attribuzione ai soci dell'incorporata di 1 / 3 del suo importo complessivo dopo la fusione ovvero 200 azioni per nominali complessivi 200 €.

Si determina così un avanzo da concambio di 100, pari alla differenza tra l'importo del patrimonio netto contabile dell'incorporata (300) e l'importo dell'aumento di capitale (200).

La situazione che si otterrà sarà la seguente:

	<b>Società B</b>	<b>Società A</b>	<b>B + A</b>
Attività diverse	1.000	1.500	2.500
<b>TOTALE</b>	<b>1.000</b>	<b>1.500</b>	<b>2.500</b>
Passività diverse	400	1.200	1.600
Capitale sociale	400 + 200		600
Riserve	200	-	200
Avanzo da concambio	-	-	100
<b>TOTALE</b>	<b>1.000</b>	<b>1.500</b>	<b>2.500</b>

L'avanzo da concambio sarà poi analizzato secondo quanto indicato al precedente paragrafo 2.6.2, lettera B).

**B) La fusione per incorporazione (fra società appartenenti allo stesso gruppo)**

Si supponga che A possieda il 100% di B e che gli stati patrimoniali delle due società siano i seguenti:

<b>Situazioni patrimoniali di A e B prima della fusione</b>			
<b>Attività</b>		<b>Passività</b>	
<b>Società A</b>			
Attività diverse	240	Passività diverse	3.850
Partecipazione in B	4.000	Capitale sociale (n. 240 azioni da 1 €)	240
		Riserve	150
<b>Totale attivo</b>	<b>4.240</b>	<b>Totale passivo</b>	<b>4.240</b>
<b>Società B</b>			
Attività diverse	12.000	Passività diverse	7.000
		Capitale sociale (n. 4000 azioni da 1 €)	4.000
		Riserve	1.000
<b>Totale attivo</b>	<b>12.000</b>	<b>Totale passivo</b>	<b>12.000</b>

In questa ipotesi non vi è concambio e si determina un avanzo da annullamento della partecipazione nell'incorporata di 1.000 (4.000 – 5.000).

La situazione post- fusione sarà la seguente:

	<b>Società B</b>	<b>Società A</b>	<b>A (A + B)</b>
Attività diverse	240	12.000	12.240
Partecipazione in B	4.000		
<b>TOTALE</b>	<b>4.240</b>	<b>12.000</b>	<b>12.240</b>
Passività diverse	3.850	7.000	10.850
Capitale sociale	240	4.000	240
Riserve	150	1.000	150
Avanzo da annullamento	-	-	1.000
<b>TOTALE</b>	<b>4.240</b>	<b>12.000</b>	<b>12.240</b>

L'avanzo da annullamento sarà poi analizzato secondo quanto previsto dal precedente paragrafo 2.6.2, lettera A).

### 3. ASPETTI FISCALI

L'articolo 172 del TUIR disciplina il trattamento fiscale applicabile all'operazione di fusione prevedendo, in particolare:

- la neutralità dell'operazione in capo alle società partecipanti e ai soci;
- le modalità di ricostituzione dei fondi in sospensione d'imposta;
- le modalità di riporto delle perdite fiscali in capo alla società incorporante (o risultante dall'operazione in caso di fusione per unione);

- le modalità di determinazione del reddito relativo ai periodi infrannuali.

## 3.1 Neutralità della fusione

### 3.1.1 Neutralità in capo alle società

Ai fini delle imposte sui redditi, la fusione rappresenta un'operazione assolutamente neutrale in capo alla società. In tal senso, infatti, il comma 1 dell'articolo 172 del TUIR dispone che *“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.*

Si tratta del c.d. “principio della continuità” (in capo alla società incorporante o risultante dalla fusione) del valore fiscale dei beni riconosciuto in capo alla società fusa o incorporata, con esclusione in via principale:

- di plusvalenze (imponibili) o minusvalenze (deducibili) per effetto del trasferimento dei beni;
- dell'eventuale emersione di plusvalori o minusvalori fiscalmente rilevanti in sede di iscrizione in bilancio.

Inoltre, ai sensi del successivo comma 2 dell'articolo 172 del TUIR *“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 ...”* (pertanto, l'avanzo o il disavanzo da concambio delle azioni o quote e l'avanzo o il disavanzo da annullamento sono irrilevanti ai fini della determinazione del reddito della società risultante dalla fusione o incorporante).

Oltre a quanto sopra, è necessario considerare che, a seguito dell'abrogazione dell'articolo 6 del Decreto Legislativo 8 ottobre 1997 n. 358 operata dall'articolo 4, comma 1, lettera a) del D.Lgs. 12 dicembre 2003 n. 344, il previgente regime di affrancamento fiscale dei disavanzi da fusione (che permetteva il riconoscimento fiscale dei maggiori valori derivanti dall'imputazione degli stessi) è stato eliminato sia con riferimento al c.d. “affrancamento oneroso” sia con riferimento al c.d. “affrancamento a titolo gratuito”.

Pertanto, allo stato attuale, è possibile affermare che:

- (in linea generale) l'operazione di fusione è neutra ai fini fiscali;
- (in questo caso) nella dichiarazione dei redditi è necessario compilare un apposito prospetto di riconciliazione per l'indicazione dei dati esposti in bilancio ed i valori fiscalmente riconosciuti;
- (tuttavia) è possibile ottenere il riconoscimento fiscale dei maggiori valori iscritti nella contabilità dalla società incorporante attraverso l'applicazione delle agevolazioni previste dalla legge finanziaria 2007 (illustrate al successivo paragrafo 3.2.1) ovvero dal nuovo comma 10-bis dell'articolo 172 in esame (illustrato al successivo paragrafo 3.2.2).

Coerentemente con quanto sopra, nella risoluzione 9 aprile 2009 n. 102/E, l'Agenzia delle Entrate ha analizzato le implicazioni fiscali derivanti da un'operazione di fusione effettuata tra un ente non commerciale (fondazione) in veste di soggetto incorporante ed una società di capitali (società a responsabilità limitata) in veste di soggetto incorporato. In particolare, in questa sede, è stata riconosciuta:

- la possibilità di beneficiare del principio di “neutralità fiscale” ai sensi dell'articolo 172, comma 1, del TUIR (richiamato dal successivo articolo 174 del TUIR) per i soli beni della società incorporata che, successivamente alla fusione, confluiscono nell'attività d'impresa esercitata dalla fondazione incorporante;
- (viceversa) la necessità di considerare realizzati al “valore normale” i beni posseduti dalla società incorporata e successivamente confluiti nell'attività non commerciale esercitata dalla fondazione incorporante (e ciò in considerazione della relativa destinazione “a finalità estranee all'esercizio dell'impresa”).

### 3.1.2 Neutralità in capo ai soci

Il generale principio di neutralità fiscale sopra descritto non risulta applicabile unicamente nei confronti delle società coinvolte nell'operazione, ma può essere esteso anche ai soci delle società fuse o incorporate (considerato che il cambio delle partecipazioni riguarda ordinariamente questi soci). In tal senso, infatti, il



comma 3 dell'articolo 172 in esame prevede che *“il cambio delle partecipazioni originarie non costituisce né realizzo né distribuzione di plusvalenze o di minusvalenze né conseguimento di ricavi per i soci della società incorporata o fusa, fatta salva l'applicazione, in caso di conguaglio, dell'articolo 47, comma 7 e, ricorrendone le condizioni, degli articoli 58 e 87”*.

Da quanto sopra deriva che, per i soci delle società incorporate o fuse, le azioni o quote delle società beneficiarie ricevute in cambio delle azioni della società incorporata annullate per effetto dell'operazione sono irrilevanti dal punto di vista fiscale.

Questa disposizione specifica ulteriormente che, nell'ipotesi di conguaglio, la somma ricevuta è soggetta a tassazione:

- nei confronti del socio – persona fisica (non imprenditore): in quanto classificabile tra i “redditi di capitale” ai sensi dell'articolo 47, comma 7, del TUIR<sup>47</sup>;
- nei confronti del socio – soggetto IRES: in qualità di “plusvalenza” tranne il caso di sussistenza delle condizioni richieste al fine della fruizione del regime di esenzione della “*participation exemption*” ai sensi dell'articolo 87 del TUIR;
- nei confronti del socio – persona fisica imprenditore (ovvero per le società di persone): in misura corrispondente al 40%<sup>48</sup> del relativo ammontare previa sussistenza dei requisiti richiesti dall'articolo 87 del TUIR per l'applicazione del regime della “*participation exemption*” (ovvero, in assenza, per il 100% del relativo ammontare).

Fatte tali premesse, al di là della generale previsione di neutralità fiscale dell'operazione (in capo alla società ed ai soci) è comunque possibile ottenere il riconoscimento fiscale dei maggiori valori iscritti nella contabilità della società incorporante (con conseguente riallineamento dei valori civilistici e fiscali dei beni interessati) attraverso l'applicazione (**con modalità differenti da valutare caso per caso**):

- dell'agevolazione introdotta dalla legge finanziaria 2007 (prima deroga alla neutralità fiscale);
- del contenuto del nuovo articolo 172, comma 10-bis, del TUIR (seconda deroga alla neutralità fiscale);
- dell'agevolazione introdotta dall'articolo 15, comma 10, del D.L. n. 185/2008 (terza deroga alla neutralità fiscale), poi riproposta dalla Legge di stabilità 2016;
- dell'agevolazione introdotta dall'articolo 4 del D.L. n. 5/2009 (quarta deroga alla neutralità fiscale);
- dell'ipotesi di riallineamento introdotta dal D.L. 6 luglio 2011 n. 98 (quinta deroga alla neutralità fiscale);
- dalla disciplina di affrancamento prevista dalla Legge di stabilità 2014 (sesta deroga alla neutralità fiscale)

## 3.2 L'affrancamento del disavanzo di fusione

<sup>47</sup> Si tratta della disposizione in base alla quale sono considerate “utili” (per la parte che eccede il prezzo pagato per l'acquisto della partecipazione o in sede di sottoscrizione delle azioni o quote annullate) le somme o il valore normale dei beni ricevuti dai soci in caso di recesso, di esclusione, di riscatto, di riduzione del capitale esuberante o di liquidazione anche concorsuale delle società ed enti.

<sup>48</sup> Si ricorda che, in attuazione delle modifiche operate dalla legge finanziaria 2008, il D.M. 2 aprile 2008 ha stabilito che le plusvalenze realizzate da soggetti IRPEF a decorrere dal 1° gennaio 2009 (a prescindere dal periodo di maturazione dei maggiori valori che determinano la plusvalenza):

- non concorrono alla formazione del reddito d'impresa, in quanto esenti, limitatamente al 50,28% (in luogo del 60%): di conseguenza la plusvalenza è imponibile nella misura del 49,72% (anziché del 40%). Le stesse percentuali si applicano alle minusvalenze;
- concorrono alla formazione del reddito complessivo quali redditi diversi (se relative a partecipazioni qualificate) per il 49,72% del loro ammontare (anziché nella misura del 40%). La stessa misura percentuale si applica alle minusvalenze.

Infine, si segnala che, una specifica disposizione “transitoria” (articolo 2, comma 2, del D.M. 2 aprile 2008) ha riconosciuto il mantenimento della tassazione con aliquota pari al 40%, per le plusvalenze che costituiscono redditi diversi derivanti da atti di realizzo avvenuti prima del 2009, anche nell'ipotesi in cui il corrispettivo sia percepito, in tutto o in parte, successivamente al 2008.

### 3.2.1 L'agevolazione introdotta dalla legge finanziaria 2007 (prima deroga alla neutralità fiscale)

L'articolo 1, commi da 242 a 249, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (c.d. "legge Finanziaria 2007") ha introdotto un'agevolazione che, in deroga al più generale principio di neutralità previsto dall'articolo 172 del TUIR già citato, ha consentito, per le operazioni di fusione effettuate negli anni 2007 e 2008, il riconoscimento fiscale dei maggiori valori iscritti nella contabilità a titolo di avviamento ovvero ad incremento del valore dei beni strumentali materiali ed immateriali (e, quindi, con esclusione del magazzino e/o delle partecipazioni e dell'eventuale disavanzo imputato ai beni della incorporante) per effetto dell'imputazione del disavanzo da concambio (ma non anche del disavanzo da annullamento). In particolare questo beneficio è stato riconosciuto:

- per un ammontare complessivo non superiore a 5 milioni di €;
- a favore dei soggetti previsti dall'articolo 73, comma 1, lettera a), del TUIR (ovvero S.p.a., S.a.p.a, S.r.l., società cooperative e società di mutua assicurazione residenti in Italia).

L'agevolazione in esame ha consentito, quindi, di allineare in modo gratuito i valori civili e quelli fiscali dei beni trasferiti attraverso l'operazione di fusione ed è riconducibile alla volontà del legislatore di incentivare i processi di aggregazione aziendale e di "... favorire la crescita dimensionale delle imprese italiane necessaria per poter meglio competere in un mercato sempre più competitivo a livello internazionale e nazionale" (circolare 21 marzo 2007, n. 16/E). Per effetto del riconoscimento fiscale dei maggiori valori iscritti, l'incorporante ha potuto dedurre fiscalmente i maggiori ammortamenti civilistici rilevati sui beni e considerare questo maggiore valore anche ai fini della quantificazione delle eventuali plusvalenze o minusvalenze realizzate successivamente al decorso del termine di quattro periodi d'imposta dalla data di effettuazione dell'operazione.

Per l'individuazione delle attività cui poteva essere attribuito un maggior valore, occorreva assumere a riferimento i dati che risultano nella relazione dell'organo amministrativo o degli esperti, nonché nell'eventuale perizia di stima.

Con riferimento a quanto sopra, l'Agenzia delle Entrate ha chiarito:

- la possibilità di imputare il disavanzo anche ai beni strumentali materiali ed immateriali che non sono stati esposti precedentemente in bilancio (in quanto completamente ammortizzati o perché mai iscritti come, ad esempio, per il marchio generato internamente. In questo senso si veda la sopra citata circolare n. 16/E/2007);
- la necessità di individuare il momento di effettuazione dell'operazione di fusione assumendo a riferimento la data di iscrizione della relativa delibera di aumento del capitale sociale presso il Registro delle Imprese ai sensi dell'articolo 2436, comma 5, del Codice Civile (circolare 21 marzo 2007 n. 16/E);
- la possibilità di applicare l'agevolazione in esame anche alle società che hanno adottato i principi contabili internazionali (e ciò nonostante la mancata evidenza contabile del disavanzo da concambio da parte di queste ultime).

#### Condizioni

Per espressa previsione normativa, sono state interessate dall'agevolazione in esame le imprese:

- operative da almeno 2 anni (come chiarito dall'Agenzia delle Entrate nella citata circolare n. 11/E/2007, per effetto di questa previsione rimangono, pertanto, sono state escluse dall'agevolazione le imprese costituite da meno di due anni e quelle non esercenti un'attività d'impresa. A tal riguardo si ricorda che, sempre secondo l'orientamento ministeriale, il requisito dell'operatività doveva essere inteso

in senso “sostanziale” e, pertanto, il beneficio in esame non poteva essere riconosciuto per le imprese che, di fatto, risultavano non operative e che, soltanto formalmente, risultavano costituite da almeno un biennio);

- non legate da vincoli di partecipazione (c.d. “requisito di indipendenza”);
- non facenti parte dello stesso gruppo societario (come sottolineato dalla circolare 21 marzo 2007 n. 16/E, lo scopo della norma era, infatti, quello di incentivare le aggregazioni tra soggetti autonomi e non, quindi, le mere riorganizzazioni operate nell’ambito dei gruppi societari. Ai fini dell’applicazione del regime agevolato, pertanto, dovevano considerate parte dello stesso gruppo societario la società controllante e le società controllate ai sensi dell’articolo 2359 del Codice Civile e, quindi, legate anche da vincoli meramente contrattuali);
- non legate tra loro da un rapporto di partecipazione ovvero controllate anche indirettamente da uno stesso soggetto ai sensi dell’articolo 2359 del Codice Civile (e ciò anche quando il controllo indiretto era assicurato dalla medesima persona fisica ovvero da persone fisiche legate da rapporti di coniugio, parentela entro il terzo grado e affinità entro il secondo. Viceversa, l’agevolazione in esame veniva meno se tra i soggetti interessati dall’aggregazione esisteva un qualsiasi rapporto di partecipazione. In questo senso si veda la risoluzione 4 febbraio 2008 n. 32/E). Oltre a quanto sopra, nella risoluzione 6 giugno 2008 n. 230/E, l’Agenzia delle Entrate ha fornito ulteriori chiarimenti in merito al requisito di “indipendenza” che, ai fini della fruizione dell’agevolazione in esame, doveva essere verificato in capo ai soggetti coinvolti nell’operazione di fusione. In particolare, in questa sede, l’Amministrazione finanziaria ha precisato che la partecipazione dei soggetti coinvolti nell’operazione ad un medesimo consorzio di imprese con attività esterna:
  - non era idonea a configurare la presenza di un legame partecipativo tra gli stessi (ma un semplice rapporto contrattuale disciplinato dagli articoli 2602 e seguenti del Codice Civile);
  - (e, conseguentemente) non era in grado di precludere la fruizione del c.d. “bonus aggregazioni”.

#### *La decadenza*

Fatta salva l’attivazione della procedura disapplicativa prevista dall’articolo 37-bis, comma 8, del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, è stata prevista la decadenza degli effetti relativi alla disciplina in esame nel caso in cui, nei primi quattro periodi d’imposta dalla effettuazione dell’operazione (determinati includendo nel computo anche il periodo d’imposta in cui l’operazione è stata effettuata), si fosse verificata:

- l’effettuazione di ulteriori operazioni straordinarie (di cui al titolo III, capi III e IV, del TUIR) rispetto a quella che ha determinato la spettanza del beneficio fiscale;
- la cessione dei beni iscritti o rivalutati.

Evidentemente queste previsioni sono finalizzate ad evitare che la società beneficiaria del bonus aggregazioni possa trasferire lo stesso ad un altro soggetto privo dei requisiti richiesti dalla normativa in esame.

A titolo esemplificativo, con riferimento a quanto sopra, nella **risoluzione 11 giugno 2010 n. 50/E**, l’Agenzia delle Entrate ha riconosciuto l’esistenza di un’ipotesi di decadenza dal beneficio in esame nell’ipotesi di successivo trasferimento (gratuito) della proprietà delle reti di distribuzione del gas operata da una società a favore del Comune concedente, nella considerazione che *“tale evento può essere ricondotto tra le ipotesi di cessione a titolo oneroso di cui all’articolo 86, comma 1, lettera a), del TUIR, il che comporta, nel caso specifico, a fronte di un corrispettivo pari a zero, il realizzo di una minusvalenza deducibile ai sensi dell’articolo 101, comma 1, del TUIR”*.

**Esempio**

Si consideri la società Alfa (post-fusione) con i seguenti dati:

Reddito imponibile: 2.000.000 €;

Disavanzo da concambio: 3.600.000 €.

In questo contesto, in assenza dell'agevolazione in esame, la società avrebbe pagato imposte per € 550.000 (pari a 2.000.000 X 27,5%).

Viceversa, attraverso l'agevolazione in esame e ipotizzando l'allocazione del disavanzo da concambio su cespiti con ammortamento pari al 20% si avrà che:

Reddito imponibile:	2.000.000
Ammortamento cespiti:	(720.000) pari a 3.600.000 X 20%
Reddito netto	1.280.000
Imposte (27,5%)	352.000
Risparmio fiscale:	198.000 (550.000 – 352.000)

### **3.2.2 L'agevolazione introdotta dalla legge finanziaria 2008 (seconda deroga alla neutralità fiscale)**

Come visto al precedente paragrafo 3.1, l'operazione di fusione rappresenta un'operazione neutrale dal punto di vista fiscale sia in capo alla società incorporante sia in capo ai relativi soci. Questo regime, tuttavia, può, evidentemente, determinare la nascita di "disallineamenti" tra i valori civilistici e fiscali dei beni trasferiti dalla società incorporata e ciò in quanto, attraverso questa operazione, l'eventuale iscrizione di maggiori valori derivanti dall'imputazione del disavanzo di fusione non assume alcuna rilevanza ai fini fiscali.

In questo contesto, derogando, di fatto, al generale principio di neutralità fiscale dell'operazione (sia in capo alla società sia in capo ai soci) stabilito dal comma 1 dell'articolo 172 del TUIR, l'articolo 1, comma 46, della legge 24 dicembre 2007 n. 244 (c.d. "legge finanziaria 2008") ha inserito nell'articolo 172 in esame il nuovo comma 10-bis che riconosce per la (sola) società incorporante (ovvero la società risultante dall'operazione nell'ipotesi di "fusione per unione") la possibilità di applicare, con le stesse modalità, condizioni e termini previsti, l'imposta sostitutiva prevista dal nuovo articolo 176, comma 2-ter, del TUIR ai fini del riconoscimento dei maggiori valori iscritti in bilancio a seguito di questa operazione. In particolare questa imposta sostitutiva è stata fissata in misura pari:

- al 12%, sulla parte dei maggiori valori ricompresi nel limite di € 5.000.000;
- al 14%, sulla parte dei maggiori valori che eccede 5.000.000 di € e fino a 10.000.000 di €;
- al 16%, sulla parte dei maggiori valori che eccede i 10.000.000 di €.

Nello specifico, l'affrancamento in esame è consentito soltanto per i maggiori valori imputati, in sede di allocazione del disavanzo (sia da annullamento sia da concambio), ai beni ricevuti dalla società incorporata (e non anche a quelli già posseduti dalla società incorporante) e che, contemporaneamente:

- sono classificabili tra le immobilizzazioni materiali ed immateriali, incluso l'avviamento;
- fanno parte di un "complesso aziendale" (ovvero di un'azienda o di un ramo d'azienda).

Con riferimento a quanto sopra, nella circolare 25 settembre 2008 n. 57/E, l'Agenzia delle Entrate ha riconosciuto:

- ai fini della determinazione dell'aliquota applicabile: la rilevanza da attribuire all'ammontare complessivo dei maggiori valori da affrancare, anche se relativi a più operazioni societarie effettuate nel medesimo periodo d'imposta (e ciò a differenza di quanto in precedenza sostenuto dall'Assonime nella circolare n. 51/08, paragrafo 3.2.9);
- nell'ipotesi di opzione per l'applicazione dell'imposta sostitutiva in entrambi i periodi di esercitabilità dell'opzione relativamente alla medesima operazione: la necessità di considerare, nel secondo periodo, le differenze di valore già assoggettate complessivamente ad imposta sostitutiva nel primo periodo (in conformità a quanto previsto dall'articolo 1, comma 5, del D.M. 25 luglio 2008);
- la possibilità della società incorporante di beneficiare dell'affrancamento anche nell'ipotesi di mancata iscrizione di "nuovi" maggiori valori nelle proprie scritture contabili (e, conseguentemente, di recepimento dei medesimi valori di bilancio relativi al soggetto incorporato) e di subentro della società incorporante nei disallineamenti già esistenti in capo al soggetto incorporato;
- la possibile fruizione del regime in esame (limitatamente agli elementi dell'attivo classificabili tra le "immobilizzazioni materiali ed immateriali") anche per i soggetti che, a seguito dell'adozione dei principi contabili internazionali, iscrivono in bilancio i plusvalori sui beni acquisiti a seguito e per effetto dell'operazione senza originare alcun disavanzo.

Oltre a quanto sopra, con riferimento alle modalità con cui effettuare il riallineamento in esame, nella risoluzione **11 giugno 2010 n. 50/E**, in considerazione del tenore letterale della disposizione contenuta nell'articolo 172, comma 10-bis, del TUIR, l'Agenzia delle Entrate ha ulteriormente sottolineato:

- (in linea generale) la rilevanza da riferire alla totalità delle le differenze esistenti tra il valore dei beni ricevuti dalla società incorporante (o dalla società risultante dalla fusione) iscritto in bilancio secondo corretti principi contabili e l'ultimo valore fiscalmente riconosciuto dei beni stessi presso il soggetto incorporato (o fuso);
- (in particolare) la possibilità di affrancare non solo la quota parte del maggior valore delle immobilizzazioni materiali iscritto in bilancio a seguito dell'imputazione del disavanzo da annullamento, ma anche la parte residua che, in contropartita, è stata imputata ad incremento del "fondo imposte differite" (stanziato in bilancio in considerazione del disallineamento esistente tra i maggiori valori contabili dei beni ricevuti dalla società incorporata ed i corrispondenti minori valori riconosciuti sul piano fiscale).

#### A) La decorrenza

Per espressa previsione normativa (articolo 1, comma 47, legge finanziaria 2008) la disciplina sopra illustrata è applicabile alle "operazioni effettuate a partire dal periodo di imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2007" (ovvero, per i soggetti con esercizio coincidente con l'anno solare, **a partire dal 1° gennaio 2008**).

Con riferimento a quanto sopra si ricorda che, per le operazioni di fusione, questo momento coincide con la data di efficacia giuridica dell'operazione previsto dall'articolo 2504-bis, comma 2, del Codice Civile, ovvero con la data dell'ultima delle iscrizioni dell'atto di fusione presso il registro delle imprese (viceversa, nell'ipotesi in cui dovesse essere prevista la postdatazione dell'efficacia dell'operazione - ai sensi del medesimo articolo 2504-bis del Codice Civile - rileverà questa data successiva).

Come sottolineato, le modifiche esaminate entrano in vigore soltanto a decorrere dal 2008. Tuttavia ai sensi dell'articolo 1, comma 47, della legge Finanziaria, l'imposta sostitutiva potrà essere applicata anche al fine

di 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 dicembre 2007, nei limiti dei disallineamenti ancora esistenti alla chiusura di detto periodo o del periodo successivo”.

Per effetto di quanto sopra, quindi, l’opzione per l’affrancamento può essere esercitata con riferimento **sia alle operazioni di fusione poste in essere a partire dal periodo d’imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2007** sia alle **operazioni di fusione pregresse** (in quest’ultimo caso l’opzione poteva essere esercitata nel periodo d’imposta 2008 o 2009 e l’ammontare dell’affrancamento non poteva comunque eccedere l’importo dei disallineamenti ancora esistenti alla chiusura del periodo d’imposta in corso al 31 dicembre 2007).

### Esempio

Si consideri il caso in cui, a seguito di un’operazione di fusione perfezionata nel periodo d’imposta 2006, un cespite di costo fiscale e contabile in capo alla società incorporata pari a 10 venga iscritto nel bilancio della società incorporante per un valore contabile pari a 100.

Ipotizzando un’aliquota di ammortamento pari al 10%, la società incorporata rileverà i seguenti ammortamenti (contabili e fiscali):

	<b>Ammortamenti contabili</b>	<b>Valore netto contabile residuo</b>	<b>Ammortamenti fiscali</b>	<b>Costo fiscale residuo</b>
<b>2006</b>	10	90	1	9
<b>2007</b>	10	80	1	8
<b>2008</b>	10	70	1	7

In questo caso, qualora l’opzione per l’applicazione dell’imposta sostitutiva fosse stata esercitata nel modello Unico 2008, i disallineamenti da considerare ai fini dell’affrancamento sarebbero stati quelli esistenti alla data di chiusura del periodo d’imposta 2007 (31/12/2007) e, pertanto, la differenza da affrancare sarebbe stata pari a 72 (importo corrispondente alla differenza tra il valore contabile netto residuo pari a 80 e il costo fiscale residuo pari a 8).

Viceversa, nel caso in cui l’opzione fosse stata essere esercitata in Unico 2009, i valori rilevanti sarebbero stati quelli esistenti alla data di chiusura del periodo d’imposta 2008 (31 dicembre 2008) e, pertanto, in questo caso la “differenza” da affrancare sarebbe stata pari a 63 (importo corrispondente alla differenza tra il valore netto contabile residuo - pari a 80 - e il costo fiscale residuo - pari a 7)

### B) Il regolamento di attuazione

Il D.M. 25 luglio 2008 (pubblicato nella G.U. 12 agosto 2008 n. 188) ha chiarito le modalità operative per effettuare il riallineamento (ai fini delle imposte sui redditi e dell’IRAP) delle differenze esistenti tra i valori civili e fiscali dei beni ricevuti dalla società incorporante a seguito dell’operazione di fusione (che, di per sé, risulta fiscalmente neutrale).

In particolare questo provvedimento ha riconosciuto la possibilità di applicare la disciplina in esame:

- per riallineare il valore civilistico e fiscale dei maggiori valori imputati, in sede di allocazione del disavanzo (sia da annullamento sia da concambio), da parte della società incorporante (ovvero risultante dall’operazione in caso di fusione per unione) ai beni ricevuti dalla società incorporata (e non anche a quelli già posseduti dalla società incorporante) e contemporaneamente:
  - classificabili tra le immobilizzazioni materiali ed immateriali, incluso l’avviamento;

- facenti parte di un “complesso aziendale” (ovvero di un’azienda ovvero di un ramo d’azienda);
- sia totalmente sia parzialmente.

In particolare, nell’ipotesi di riallineamento parziale l’applicazione dell’imposta sostitutiva deve essere richiesta per categorie omogenee di immobilizzazioni<sup>49</sup> da determinare:

- per le immobilizzazioni materiali diverse dagli immobili (ivi compresi gli impianti e i macchinari ancorché infissi al suolo): in funzione del relativo anno di acquisizione e del coefficiente di ammortamento;
- per i beni immobili in base alla suddivisione tra:
  - aree fabbricabili aventi medesima destinazione urbanistica;
  - aree non fabbricabili;
  - fabbricati strumentali ai sensi dell’articolo 43, comma 2, primo periodo, del TUIR (c.d. “fabbricati strumentali per destinazione”);
  - fabbricati strumentali ai sensi dell’articolo 43, comma 2, secondo periodo, del TUIR (c.d. “fabbricati strumentali per natura”);
  - fabbricati previsti dall’articolo 90 del TUIR (c.d. immobili patrimonio);
- (viceversa) per le immobilizzazioni immateriali, compreso l’avviamento, l’affrancamento può essere operato singolarmente per ciascuna di esse;
- l’applicazione dell’imposta sostitutiva può riguardare anche solo una quota e non l’intero ammontare del disallineamento relativo ai beni facenti parte della singola categoria omogenea;
- deve essere adottato un criterio uniforme di individuazione della quota riferibile a ciascun bene ricompreso nella categoria omogenea oggetto di affrancamento (a titolo esemplificativo, qualora si intenda riallineare il 70% dei disallineamenti relativi ai macchinari entrati in funzione in un certo anno, dovrebbe applicarsi lo stesso parametro di riferimento rispetto a tutti i beni di questa categoria, avendo riguardo, per stabilire il riallineamento riferibile a ciascun bene, alla divergenza esistente tra il valore netto di partenza e il valore di iscrizione presso la società conferitaria).

Nello specifico, poi:

- (in caso di riallineamento) i maggiori valori assoggettati ad imposta sostitutiva ai fini IRES e IRAP sono riconosciuti a partire dal periodo d’imposta in cui è stata esercitata l’opzione con il versamento della prima rata dell’imposta sostitutiva (pertanto se l’operazione di conferimento è stata effettuata nell’anno 2008 e la società conferitaria esercita l’opzione nel corso del 2009, i maggiori valori oggetto di affrancamento assumeranno rilevanza fiscale a partire dall’inizio del periodo d’imposta 2009);
- l’opzione per l’imposta sostitutiva può essere esercitata anche o solo per riallineare le differenze già esistenti presso la società conferente e conservate dalla società conferitaria (tuttavia, se queste differenze sono state originate dalle deduzioni extracontabili indicate nel quadro EC della dichiarazioni dei redditi, in via prioritaria occorrerà applicare il regime di imposta sostitutiva stabilito dall’articolo 1, comma 48, della legge finanziaria 2008, seguendo le relative disposizioni di attuazione contenute nel decreto del Ministro dell’economia e delle finanze 3 marzo 2008);
- le differenze esistenti tra i valori civili e fiscali delle immobilizzazioni cedute nel corso dello stesso periodo d’imposta di esercizio dell’opzione anteriormente al versamento della prima rata dovuta

<sup>49</sup> Articolo 1, comma 2, D.M. 25 luglio 2008.



dell'imposta sostitutiva devono essere escluse dall'applicazione dell'imposta stessa (e ciò coerentemente con la condizione risolutiva che disconosce l'efficacia dell'affrancamento in caso di cessione dei beni entro il quarto periodo d'imposta successivo a quello di esercizio dell'opzione, in ciò evitando il pagamento di un'imposta sostitutiva che successivamente dovrebbe essere riaccredita a favore del contribuente).

Con riferimento a quanto sopra, nella **circolare 25 settembre 2008 n. 57/E**, l'Agenzia delle Entrate ha riconosciuto:

- la possibilità della società incorporante di beneficiare dell'affrancamento anche nell'ipotesi di mancata iscrizione di "nuovi" maggiori valori nelle proprie scritture contabili (e, conseguentemente, di recepimento dei medesimi valori di bilancio relativi al soggetto incorporato) e di subentro della società incorporante nei disallineamenti già esistenti in capo al soggetto incorporato;
- la possibile fruizione del regime in esame (limitatamente agli elementi dell'attivo classificabili tra le "immobilizzazioni materiali ed immateriali") anche per i soggetti che, a seguito dell'adozione dei principi contabili internazionali, iscrivono in bilancio i plusvalori sui beni acquisiti a seguito e per effetto dell'operazione senza originare alcun disavanzo.

Si segnala che nella **risoluzione 27 aprile 2009 n. 111/E**, l'Agenzia delle Entrate ha fornito ulteriori chiarimenti in merito alle modalità applicative con cui operare l'affrancamento in esame. In particolare, in questa sede, smentendo quanto affermato in precedenza nella risoluzione 24 febbraio 2009 n. 46/E, l'Agenzia delle Entrate ha riconosciuto, nell'ipotesi di effettuazione di un'operazione di fusione inversa, la possibilità da parte della società incorporante (ex controllata) di affrancare i maggiori valori iscritti sui propri beni. In questo senso, infatti:

- dopo avere ricordato che *"la fusione inversa rappresenta una diversa modalità di fusione per incorporazione che non modifica il risultato finale in termini di valore del complesso aziendale unificato: gli effetti economici dell'operazione, anche in base al principio di prevalenza della sostanza sulla forma risultano i medesimi"*;
- ha riconosciuto che *"...è da tener presente che i valori correnti delle attività e passività ed il relativo avviamento della controllata – incorporante (gli stessi che hanno determinato il prezzo di acquisto della partecipazione) possono emergere in bilancio, nei limiti del disavanzo di fusione, qualora ricorrano i medesimi presupposti e negli stessi limiti in cui sarebbero emersi nella speculare fusione diretta"*.

E infine, nella **risoluzione 6 dicembre 2010 n. 124**, l'Agenzia delle Entrate ha escluso la possibilità di affrancare i plusvalori esistenti sui beni della società incorporata (anche nel caso in cui l'esistenza degli stessi dovesse essere attestata mediante un'apposita perizia di stima) e (coerentemente con quanto indicato dal documento Assirevi Opi n. 1) non imputati ad incremento del valore degli stessi nel bilancio della società incorporante a a rettifica del patrimonio netto in un'apposita riserva negativa di ammontare corrispondente al disavanzo di fusione.

C) La sovrapposizione con il regime dell'affrancamento gratuito previsto dalla legge finanziaria 2007 (c.d. "bonus aggregazioni")

La disciplina relativa al riallineamento c.d. "oneroso" sopra illustrata può, in taluni casi, sovrapporsi con il c.d. "affrancamento gratuito" previsto dall'articolo 1, commi 242-249, della legge 27 dicembre 2006 n. 296 analizzata al precedente paragrafo 3.2.1. Nello specifico, nel caso in cui l'affrancamento venga richiesto relativamente ad una medesima operazione di fusione per la quale si è già fruito del c.d. "affrancamento gratuito" sopra illustrato:



- l'affrancamento "oneroso" previsto dalla legge finanziaria 2008, può essere effettuato soltanto sui residui maggiori valori eventualmente presenti in bilancio (e non riconosciuti fiscalmente in quanto eccedenti il limite di 5.000.000 di €);
- ai fini dell'individuazione dell'aliquota a cui assoggettare il residuo ammontare dei disallineamenti presenti, non si deve tenere conto della parte di maggiori valori che è già stata fiscalmente riconosciuta gratuitamente attraverso il "bonus aggregazioni".

### **3.2.3 Il riallineamento delle attività immateriali e delle altre attività dalle operazioni straordinarie prevista dal D.L. n. 185/2008 (terza deroga alla neutralità fiscale)**

L'articolo 15, comma 10, del D.L. n. 185/2008 ha riconosciuto, in deroga al possibile affrancamento già previsto dal comma 2-ter dell'articolo 176 del TUIR, un'ulteriore facoltà costituita dalla possibilità di assoggettare, in tutto o in parte, gli eventuali maggiori valori iscritti in bilancio a titolo di avviamento, marchi d'impresa ed altre attività immateriali e derivanti dall'effettuazione di operazioni straordinarie (fusione, scissione e conferimento d'azienda) all'imposta sostitutiva prevista dal medesimo comma 2-ter, con, tuttavia, l'applicazione di un'aliquota fissa stabilita in misura pari al **16%** (ovviamente, anche in questo caso, l'opzione ha lo scopo di dare rilevanza fiscale ai maggiori valori iscritti in bilancio).

A livello soggettivo, nell'ipotesi di operazioni di fusione, questa opzione è fruibile da parte del soggetto incorporante (ovvero, nell'ipotesi di fusione per unione, risultante dalla fusione). Nello specifico sono ammesse al regime in esame:

- le società di persone e le società di capitali (e gli enti commerciali);
- indipendentemente dal regime contabile adottato (principi contabili nazionali o internazionali).

I tratti distintivi ( di seguito delineati) che caratterizzano la disciplina di riallineamento prevista dal citato articolo 15 del D.L. 185/2008 sono stati chiariti dall'Agenzia delle Entrate nella **circolare 11 giugno 2009 n. 28/E**.

#### *A) Ambito soggettivo*

L'articolo 15, comma 10, del D.L. n. 185/2008 prevede che i "contribuenti (...) possono assoggettare in tutto o in parte i maggiori valori (...) all'imposta sostitutiva di cui al medesimo comma 2-ter.". In considerazione di questo rinvio, sono beneficiari del riallineamento in esame gli stessi soggetti che erano già stati individuati quali destinatari della disciplina di riallineamento prevista dall'articolo 172, comma 2-ter, del TUIR, ovvero:

- il soggetto conferitario delle operazioni di conferimento d'azienda (ex articolo 176 del TUIR);
- il soggetto incorporante dell'operazione di fusione (ovvero, nell'ipotesi di fusione per unione, risultante dalla fusione);
- il soggetto beneficiario dell'operazione di scissione.

Nello specifico sono ammesse al regime in esame:

- le società di persone e le società di capitali (e gli enti commerciali);
- indipendentemente dal regime contabile adottato (principi contabili nazionali o internazionali).

## B) Ambito oggettivo

Per espressa previsione normativa,<sup>50</sup> l'opzione in esame è applicabile per riallineare (in tutto o in parte) i maggiori valori relativi ai beni provenienti dalla società conferente, incorporata, scissa ed iscritti nel bilancio rispettivamente della società conferitaria, incorporante (o risultante dalla fusione) o beneficiaria in occasione di operazioni straordinarie effettuate:

- **entro il periodo d'imposta in corso al 31 dicembre 2007;**
- **a partire dal periodo d'imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2007** (ovvero, per i soggetti con esercizio coincidente con l'anno solare, a partire dal periodo d'imposta 2008).

Nello specifico:

- l'esercizio dell'opzione è consentito soltanto nel caso in cui le relative attività interessate:
  - a) fanno parte di un compendio aziendale<sup>51</sup> (e, conseguentemente, non costituiscono singole entità prive di organizzazione);
  - b) sono relativi:
    - **all'avviamento**, ai **marchi d'impresa** ed alle **altre attività immateriali** (al riguardo si ricorda che, secondo quanto chiarito dalla Relazione illustrativa al D.L. n. 185/2008, nell'ambito del valore dell'avviamento e dei marchi d'impresa deve essere ricompresa qualsiasi immobilizzazione immateriale a vita utile indefinita);
    - **ad attività diverse da quelle indicate nell'articolo 176, comma 2-ter, del TUIR** (ad esempio, le rimanenze di magazzino, i titoli immobilizzati e non, e i crediti);
- la base imponibile dell'affrancamento è costituita:
  - *nell'ipotesi di beni preesistenti presso la società dante causa*: dai disallineamenti esistenti alla chiusura del periodo d'imposta in cui è stata realizzata l'operazione straordinaria, tra il valore civile di bilancio (al netto degli ammortamenti civilistici già operati) ed il relativo valore fiscale (al netto degli ammortamenti fiscali già dedotti);
  - *nell'ipotesi di beni emersi soltanto per effetto dell'operazione straordinaria e iscritti per la prima volta nel bilancio dalla società avente causa*: dall'intero valore (netto) di iscrizione in bilancio.

Con riferimento a quanto sopra, nella circolare n. 57/E/2009, l'Agenzia delle Entrate ha riconosciuto:

- in linea generale: la possibilità di ricomprendere tra le *"altre attività immateriali"* gli oneri pluriennali (ad esempio: le spese di ricerca e sviluppo, le spese di impianto e ampliamento), ovvero le spese capitalizzate in più esercizi e ammortizzabili, ai fini fiscali, in base ai criteri stabiliti dall'articolo 108 del TUIR (e ciò in considerazione del mancato riferimento ai soli "beni" immateriali" ad opera dell'articolo 15, comma 10, del D.L. n. 185/2008, così come invece previsto dall'articolo 1, del decreto ministeriale 25 luglio 2008 con riferimento alla disciplina di riallineamento stabilita dall'articolo 176, comma 2-ter, del TUIR);
- nei confronti dei soggetti IAS adopter: la facoltà di affrancare i disallineamenti relativi alle attività a vita utile definita, per le quali i principi contabili internazionali (e, in particolare, lo IAS 38 e l'IFRS 3) prevedono l'iscrizione in bilancio, e ciò nonostante il fatto che trattasi di poste diverse dai "beni" in senso giuridico, a condizione che gli stessi siano identificabili, sottoposte al controllo dell'impresa ed in

<sup>50</sup> Articolo 15, comma 12, D.L. n. 185/2008.

<sup>51</sup> Ovvero di un'azienda o ramo d'azienda.

grado di generare futuri benefici economici (in questo senso, quindi, sono considerate attività immateriali, oltre a beni tradizionali – come, ad esempio: i marchi, i brevetti, le formule, ecc. - anche le cd. liste clienti, o talune spese promozionali nei confronti della clientela).

Fatte tali premesse, stante le diverse modalità ed effetti da essi derivanti, nei successivi paragrafi analizziamo separatamente le modalità con cui effettuare il riallineamento dell'**avviamento**, dei **marchi** e delle **altre attività immateriali** (da una parte) e delle **attività diverse da quelle indicate nell'articolo 176, comma 2-ter, del TUIR** (dall'altra).

### C) Il riallineamento dell'avviamento, dei marchi e delle altre attività immateriali

#### C.1) Modalità di riallineamento e perfezionamento dell'opzione

A livello operativo, l'opzione per l'affrancamento in esame può essere effettuata:

- in misura totale o parziale (al riguardo è importante considerare che, nell'ipotesi di affrancamento parziale, l'opzione esercitata deve ritenersi comunque "definitiva", con conseguente impossibilità di affrancare la residua parte del disallineamento non affrancata nei periodi d'imposta successivi);
- in modo distinto e autonomo per ogni singolo bene o attività immateriale (e, quindi, non necessariamente per "categorie omogenee");
- mediante l'applicazione di un'imposta sostitutiva stabilita in misura del 16%, da versare obbligatoriamente in un'unica soluzione, entro il termine di versamento a saldo delle imposte relative all'esercizio nel corso del quale è stata posta in essere l'operazione straordinaria<sup>52</sup>. A quest'ultimo riguardo, occorre considerare che:
  - il versamento dell'imposta sostitutiva determina il perfezionamento dell'esercizio dell'opzione;
  - questo versamento può essere effettuato anche mediante l'utilizzo in compensazione dei crediti relativi ad altre imposte (nei limiti previsti dall'articolo 34 della legge 23 dicembre 2000 n. 388);
  - ai fini dell'applicazione dell'imposta sostitutiva risulta applicabile il comma 9 dell'articolo 15 del decreto legge 29 novembre 2008, n. 185, in base al quale "si applicano le norme in materia di liquidazione, accertamento, riscossione, contenzioso e sanzioni previste ai fini delle imposte sui redditi".

#### C.2) La decorrenza degli effetti fiscali

Per quanto riguarda la decorrenza degli effetti fiscali del riallineamento in esame, occorre considerare che i maggiori valore assoggettati all'imposta sostitutiva:

- ai fini della determinazione dell'eventuale plusvalenza/minusvalenza da realizzo: assumono rilevanza **a partire dal quarto periodo d'imposta successivo a quello di esercizio dell'opzione**<sup>53</sup> (ciò comporta che i benefici fiscali derivanti dal riallineamento vengono meno nell'ipotesi in cui i relativi beni dovessero essere realizzati anteriormente al quarto periodo d'imposta successivo a quello di esercizio dell'opzione);

<sup>52</sup> Ovvero entro il trentesimo giorno successivo a quello ordinario di scadenza, previa corresponsione della maggiorazione dello 0,40 per cento dell'importo dovuto.

<sup>53</sup> Analogamente a quanto previsto dall'articolo 176, comma 2-ter, del TUIR, ultimo periodo. In questo senso, infatti, l'articolo 176, comma 2-ter, del TUIR, ultimo periodo, prevede che "in caso di realizzo dei beni anteriormente al quarto periodo d'imposta successivo a quello dell'opzione, il costo fiscale è ridotto dei maggiori valori assoggettati ad imposta sostitutiva e dell'eventuale maggior ammortamento dedotto e l'imposta sostitutiva versata è scomputata dall'imposta sui redditi ai sensi degli articoli 22 e 79".

- ai fini dell'ammortamento: sono fiscalmente deducibili (soltanto) **a decorrere dal periodo d'imposta successivo a quello nel corso del quale è stata versata l'imposta sostitutiva** (per esempio: per un conferimento d'azienda effettuato nel 2008 e riallineamento con versamento dell'imposta sostitutiva al 16% effettuato nel mese di giugno 2009, l'ammortamento pari a 1/10 è deducibile dal 2010)<sup>54</sup>). In particolare:
  - a) il maggior valore iscritto sull'avviamento e sui marchi d'impresa (ex articolo 103 del TUIR e articoli 5,6,7 del D.Lgs. n. 446/1997) può essere dedotto ai fini fiscali in misura non superiore ad 1/10 del relativo ammontare<sup>55</sup> (anziché 1/18 come ordinariamente previsto), a prescindere dalla relativa imputazione dello stesso in conto economico (per l'aumento a 1/5 del limite massimo della quota di ammortamento deducibile per le operazioni poste in essere a partire dal 1 gennaio 2016 si veda il successivo paragrafo).

In questo caso, quindi, potrà verificarsi che un medesimo elemento patrimoniale disponga di un valore fiscale "misto", ossia in parte assoggettato al regime d'imposta sostitutiva in esame (nei limiti del maggiore valore iscritto per effetto dell'operazione straordinaria) ed in parte assoggettato alla disciplina ordinaria prevista dall'articolo 103 del TUIR (nei limiti del valore "ereditato" dal dante causa, per effetto dell'operazione straordinaria). In questa ipotesi, occorrerà separare idealmente questi due "diversi" valori fiscali e, in particolare assoggettare:

- il primo: al processo di ammortamento fiscale "per decimi" (in base al regime dell'imposta sostitutiva previsto dall'articolo 15, comma 10, del D.L. n. 185/2008);
  - il secondo: al processo di ammortamento ordinario previsto dall'articolo 103 del TUIR.<sup>56</sup>
- b) il maggior valore iscritto tra le "altre immobilizzazioni immateriali": è deducibile, a differenza di quanto visto in precedenza per l'avviamento e i marchi, nel solo limite dell'importo imputato a conto economico. In questo caso, quindi, si avrà che:
- l'ammortamento civilistico operato sul maggior valore iscritto in bilancio terminerà prima rispetto a quello fiscale (essendo già stato stanziato in bilancio a partire dall'esercizio precedente a quello di efficacia fiscale dell'affrancamento);<sup>57</sup>
  - la quota residua di ammortamento deducibile fiscalmente (una volta terminato l'ammortamento civilistico) potrà comunque essere recuperata in sede extracontabile attraverso la rilevazione di apposite "variazioni in diminuzione" dal reddito d'impresa giustificate dal maggior costo stanziato civilisticamente nei precedenti esercizi.

<sup>54</sup> Questa differenza di trattamento temporale tra i valori civilistici e fiscali determina la necessità di rilevare nel bilancio d'esercizio la relativa fiscalità differita. Per ulteriori approfondimenti al riguardo si veda il documento interpretativo n. 3 dell'Organismo italiano di contabilità.

<sup>55</sup> Si ricorda che la quota di ammortamento pari a 1/10 del valore riallineato è stata così modificata rispetto alla precedente misura pari a 1/9 ad opera dell'articolo 2, comma 59, del D.L. 29 dicembre 2010, n. 225 (convertito nella legge 26 febbraio 2011, n. 10). In particolare, per espressa previsione normativa, e in deroga a quanto previsto dallo Statuto del contribuente, questa modifica si è resa applicabile anche per le pregresse opzioni e, in ogni caso, sin dal periodo d'imposta in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione (ovvero dal 2011).

<sup>56</sup> Per completezza ricordiamo, altresì, che questa novità ha comportato una modifica anche delle modalità di calcolo del secondo acconto delle imposte sui redditi e dell'IRAP relative al periodo d'imposta 2011. In questo senso, infatti, nell'ipotesi di adozione del c.d. metodo "storico", in questo caso è stata espressamente prevista la necessità di considerare queste modifiche (e, in particolare, l'incremento della base imponibile connesso alla diminuzione della quota deducibile dell'ammortamento del valore dei beni immateriali) proprio ai fini della determinazione della base imponibile rilevante ai fini del versamento degli acconti.

<sup>57</sup> A titolo esemplificativo, nel caso di un'operazione di conferimento d'azienda realizzata nel corso del periodo d'imposta 2008 e di periodo d'imposta coincidente con l'anno solare, il versamento dell'imposta sostitutiva entro il termine di versamento a saldo delle imposte sui redditi (giugno 2009), fa sì che la società conferitaria ottenga – ai fini dell'ammortamento – il riconoscimento fiscale del maggior valore iscritto in bilancio in relazione, ad esempio, ad un brevetto, solo a partire dall'inizio del periodo d'imposta 2010. L'ammortamento civilistico del maggior valore iscritto del brevetto decorre, invece, dall'esercizio 2009. Ciò crea uno sfasamento temporale tra il processo di ammortamento civilistico e quello fiscale, dal momento che la norma riconosce la deducibilità fiscale dell'ammortamento nei limiti della quota imputata a conto economico.

## Esempio

A seguito di un'operazione di conferimento di azienda realizzata nell'esercizio 2008:

- la società conferitaria ha acquisito, tra l'altro, un marchio d'impresa, iscrivendo in contabilità il (maggior) valore di € 3.000.000;
- questo elemento patrimoniale aveva in capo alla società conferente un valore fiscale e contabile pari a 1.800.000 (si suppone che la conferente avesse acquistato il marchio nello stesso periodo d'imposta in cui si è perfezionata l'operazione).

Nel bilancio chiuso al 31 dicembre 2008, la società conferitaria effettua l'ammortamento civilistico del marchio per un importo pari, ad esempio, a € 220.000. Ai fini fiscali l'ammortamento deducibile è pari a € 100.000 (1/18 di 1.800.000).

Ciò in quanto, non è fiscalmente riconosciuto quella parte di ammortamento effettuato, sui maggiori valori iscritti in bilancio dalla società avente causa, nel periodo d'imposta in cui è stata posta in essere l'operazione straordinaria.

In questo contesto, ai fini dell'opzione per l'applicazione del regime dell'imposta sostitutiva previsto dall'articolo 15, comma 10, del D.L. n. 185/2008, occorrerà:

1) individuare la base imponibile, di ammontare pari alla differenza tra il valore civile netto del marchio (€ 3.000.000 – 220.000 = 2.780.000) ed il relativo valore fiscale residuo (€ 1.800.000 – 100.000=1.700.000), ovvero pari a € 1.080.000;

2) affrancare questo disallineamento (€ 1.080.000) con il versamento dell'imposta sostitutiva del 16% entro il termine di versamento a saldo delle imposte relative all'esercizio 2008.

Ai fini del processo di ammortamento fiscale occorre, in questo caso, suddividere il valore fiscale complessivo di € 2.880.000 in due "parti ideali", ovvero:

- a) Il valore fiscale del marchio "ereditato" dalla società conferente (pari a € 1.800.000);
- b) Il maggior valore fiscale del marchio assoggettato ad imposta sostitutiva di cui al comma 10 dell'articolo 15 (pari a € 1.080.000).

Questa suddivisione è propedeutica ai fini del processo di ammortamento, in quanto occorrerà proseguire nell'ammortamento ordinario ai sensi dell'articolo 103 del Tuir per esaurire il valore fiscale del marchio indicato alla precedente lettera a), mentre il valore fiscale indicato alla precedente lettera b) sarà assoggettato al processo di ammortamento fiscale per noni, solo con riferimento ai periodi d'imposta successivi al 2009 e la relativa quota di ammortamento fiscale, a decorrere dal 2010, sarà pari a 120.000 (1/9 di 1.080.000).

Questi effetti restano confermati anche a seguito del quadro normativo in esame che ha impatto, per espressa previsione normativa, a partire dal periodo d'imposta 2011. A partire da quest'ultimo periodo d'imposta, tuttavia, la quota deducibile in dichiarazione non potrà essere superiore all'importo derivante dall'applicazione della percentuale pari al 10%. La società conferitaria dovrà quindi tornare a porre in essere i propri calcoli all'atto di determinare la base imponibile da assoggettare a tassazione nel Modello Unico 2012, dovendo applicare una minore quota di ammortamento (pari a 1/10) sino ad integrale esaurimento del valore del marchio.

### D) Il riallineamento delle attività diverse da quelle previste nell'articolo 176, comma 2-ter, del TUIR

Come già accennato in precedenza, il comma 11 dell'articolo 15 del D.L. n. 185/2008 in esame riconosce la possibilità di applicare le disposizioni sopra illustrate per riallineare ai fini fiscali gli eventuali maggiori

valori iscritti in bilancio in bilancio per le **attività diverse dalle immobilizzazioni materiali ed immateriali che sono già disciplinate dal regime di riallineamento previsto dall'articolo 176, comma 2-ter, del TUIR** (ad esempio, titoli immobilizzati e non, rimanenze di merci, crediti ecc.). Al riguardo, occorre precisare che:

- questa opzione può essere esercitata:
  - per il riallineamento delle attività aventi la medesima natura e, in quanto tali, facenti parte della medesima categoria omogenea (in questo senso, infatti, l'articolo 15, comma 5, del D.L. n. 185/2008 a cui il comma 11 rinvia, prevede che “*per singole fattispecie si intendono i componenti reddituali e patrimoniali delle operazioni aventi la medesima natura ai fini delle qualificazioni di bilancio...*”);
  - anche solo per riallineare alcune categorie omogenee di attività (e, quindi, non necessariamente tutte le attività diverse da quelle previste dall'articolo 176, comma 2-ter, del TUIR per le quali è possibile optare per il riallineamento);
- ai fini del riallineamento i maggiori valori devono essere assoggettati a tassazione<sup>58</sup>:
  - in linea generale: mediante l'applicazione dell'aliquota ordinaria prevista ai fini IRES, IRPEF e IRAP (e separatamente dall'imponibile complessivo, con conseguente impossibilità di utilizzare l'imponibile assoggettato a tassazione con aliquota ordinaria per compensare proprie perdite fiscali pregresse);
  - se relativi ai crediti: mediante l'applicazione di un'imposta sostitutiva con aliquota pari al 20% da versare in un'unica soluzione;
- l'esercizio dell'opzione di riallineamento non comporta (diversamente da quanto visto in precedenza per l'avviamento, i marchi e le altre immobilizzazioni immateriali) la necessità di rispettare in vincolo di possesso quadriennale (c.d. “periodo minimo di sorveglianza”) previsto dall'articolo 176, comma 2-ter, del TUIR;<sup>59</sup>
- il valore dei crediti riallineato assume rilevanza non solo ai fini della determinazione delle eventuali plusvalenze (ovvero minusvalenze) da realizzo ma anche in relazione alle eventuali rettifiche di valore degli stessi.

#### E) Il coordinamento con il regime di affrancamento previsto dall'articolo 176, comma 2-ter, del TUIR

L'introduzione della normativa di riallineamento in esame ha comportato la necessità di operare un coordinamento con gli altri regimi agevolativi introdotti dal legislatore e, in particolare, con la disciplina di riallineamento prevista dall'articolo 176, comma 2-ter, del TUIR. Al riguardo, l'Agenzia delle Entrate ha riconosciuto:

- (in linea generale) la possibilità di adottare entrambi i regimi di affrancamento in esame:
  - nello stesso periodo d'imposta in relazione alla medesima operazione straordinaria effettuata;
  - per i disallineamenti relativi a due singole e differenti attività;<sup>60</sup>

<sup>58</sup> Per le modalità ed i termini di versamento delle imposte dovute ai fini del riallineamento si rinvia a quanto visto al precedente paragrafo 4.1.

<sup>59</sup> Questa diversità è giustificata dal fatto che, in quest'ultimo caso, dato che l'affrancamento è operato ad aliquota ordinaria, in caso di realizzo dei beni oggetto di opzione, ciascun contribuente dovrebbe riliquidare ad aliquota ordinaria l'imposta dovuta, senza tener conto dei maggiori valori affrancati, salvo poi vedersi riconosciute a credito le imposte versate in eguale misura per effetto del riallineamento.

<sup>60</sup> Da ciò deriva, a *contrariis*, l'impossibilità di affrancare il disallineamento di un medesimo bene o attività optando, nello stesso periodo d'imposta e in relazione alla medesima operazione straordinaria, per il riallineamento di una quota del maggior valore con il regime previsto dall'articolo 176, comma 2-ter, del TUIR e, per la quota residua, con il regime previsto dall'articolo 15, comma 10, del D.L. n. 185/2008.

- per le operazioni perfezionate nei periodi d'imposta successivi a quello in corso al 31 dicembre 2007: la possibilità di affrancare il disallineamento riferito ad un medesimo bene optando:
  - con riferimento al periodo in cui è posta in essere l'operazione: per la disciplina dell'articolo 15, comma 10, del D.L. n. 185/2008;
  - nel periodo di imposta successivo: per la disciplina prevista dall'articolo 176, comma 2-ter, del TUIR (in questo caso, ai fini dell'individuazione dell'aliquota progressiva per scaglioni da applicare ai disallineamenti residui ai sensi dell'articolo 176, comma 2-ter, non devono essere considerati i valori già affrancati);
- per le operazioni già perfezionate entro il periodo d'imposta in corso al 31 dicembre 2007 in cui è già stata manifestata l'opzione per l'affrancamento parziale del maggior valore ai sensi dell'articolo 176, comma 2-ter, del TUIR: la possibilità di affrancare la residua parte del maggior valore in conformità alla disciplina di riallineamento prevista dall'articolo 15, comma 10, del D.L. n. 185/2008, senza la necessità di riliquidare l'imposta e/o la decadenza dal regime previsto dall'articolo 176, comma 2-ter, del TUIR.

#### F) L'applicazione dell'imposta sostitutiva ai disallineamenti pregressi e la riliquidazione

Come visto ai precedenti paragrafi, il riallineamento previsto dall'articolo 15 del D.L. n. 185/2008 è applicabile sia alle operazioni straordinarie effettuate a partire dal periodo d'imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2007 sia a quelle effettuate entro il periodo d'imposta in corso al 31 dicembre 2007. Per i soggetti che, eventualmente, dovessero avere già optato per l'applicazione del riallineamento previsto dall'articolo 1, comma 47, della legge n. 244 del 2007, è comunque riconosciuta la possibilità di "passare" al regime di affrancamento previsto dall'articolo 15 del D.L. n. 185/2008 in esame. In particolare, in questo caso:

- l'imposta sostitutiva dovuta per l'affrancamento deve essere determinata al netto dell'imposta sostitutiva già versata per il riallineamento previsto dal citato comma 47 della legge n. 244 del 2007;
- questo importo deve essere necessariamente corrisposto entro il termine di versamento a saldo delle imposte relative al periodo d'imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2007;
- nel caso in cui il cambio di regime dovesse riguardare soltanto alcuni degli elementi già affrancati ai sensi dell'articolo 176, comma 2-ter del TUIR, l'imposta sostitutiva dovuta in conformità a quest'ultima disposizione deve essere rideterminata con riferimento agli altri elementi che residuano e senza tener conto - ai fini dello scaglione utile per l'aliquota marginale di riferimento - dei disallineamenti da affrancare ai sensi del comma 10 (o, in alternativa, al comma 11).

#### **Esempio**

La società conferitaria ha optato per il regime dell'imposta sostitutiva prevista dall'articolo 176, comma 2-ter, affrancando i disallineamenti al 31 dicembre 2007 relativi agli elementi patrimoniali indicati nel seguente schema.

<b>Elementi patrimoniali</b>	<b>Disallineamenti</b>	<b>Imposta sostitutiva</b>
Avviamento	6.000.000	-
Immobilizzazione A	3.000.000	-
<b>Totale disallineamento</b>	<b>9.000.000</b>	<b>1.160.000</b>



Per il perfezionamento dell'opzione è stata già versata la prima rata nel corso del 2008, il cui importo, corrisponde al 30% dell'imposta sostitutiva (pari a € 348.000).

In questo contesto, nel caso in cui si volesse effettuare l'opzione per il diverso regime dell'imposta sostitutiva prevista dall'articolo 15, comma 10, del D.L. n. 185/2009 con riferimento al solo elemento patrimoniale costituito dall'avviamento, occorrerà riliquidare l'imposta sostitutiva dovuta ai sensi del comma 12 del citato articolo 15.

#### 1) Applicazione dell'imposta sostitutiva ex articolo 15, comma 10, del D.L. n. 185/2008

Il maggior valore dell'avviamento esistente al 1° gennaio 2009, da assoggettare all'imposta sostitutiva prevista dall'articolo 15, comma 10, del D.L. n. 185, è pari a 5.666.667, che deriva dal valore fiscale originario di 6.000.000, al netto dell'ammortamento effettuato nel 2008 e fiscalmente riconosciuto per effetto dell'affrancamento operato ai sensi dell'articolo 176, comma 2-ter, pari a 1/18 di 6.000.000 = 333.333.

Pertanto, il valore fiscale dell'avviamento può essere idealmente suddiviso in due diverse componenti, ovvero:

- 333.333, riallineato ai sensi dell'articolo 176, comma 2-ter, del TUIR
- 5.666.667, riallineato ai sensi dell'articolo 15, comma 10, del D.L. n. 185 del 2008.

L'aliquota del 16% si applica, quindi, solo ad un disallineamento di 5.666.667, inferiore a quello iniziale (6.000.000).

Su questo disallineamento, pari a € 5.666.667, assoggettato ad imposta sostitutiva, potrà essere effettuato l'ammortamento fiscale in misura non superiore ad un decimo, a decorrere dal 2010.

#### 2) Rideterminazione dell'imposta sostitutiva ex articolo 176, comma 2-ter, del TUIR

Sul maggior valore fiscale originario di 3.000.000 dell'immobile e sulla quota di ammortamento fiscalmente riconosciuto operato sul maggior valore dell'avviamento al 31.12.2008, pari a € 333.333, è necessario riliquidare l'imposta sostitutiva prevista dall'articolo 176, comma 2-ter, partendo dal primo scaglione.

Il disallineamento da assoggettare ad imposta sostitutiva è pari a € 3.333.333 e rientra nel primo scaglione. L'imposta sostitutiva dovuta con l'aliquota del 12% è pari a € 400.000.

Occorrerà anche rimodulare il piano rateale precedente.

Nella seguente tabella riepiloghiamo (in particolare nella quarta colonna) le nuove rate dovute a fronte della riliquidazione :

		<b>Di cui quota avviamento</b>	<b>Di cui immobile + Quota amm.avviamento</b>
Imposta totale	1.160.000	760.000	400.000
1° rata	348.000	228.000 già versata	120.000 già versata
2° rata	464.000	304.000 non dovuta	160.000 ancora dovuta + int. 2,5%
3° rata	348.000	228.000 non dovuta	120.000 ancora dovuta + int. 2,5%

Imposta da versare ex articolo 15, comma 12, del D.L. n. 185



Imposta sostitutiva dovuta: 16% di 5.666.667 (6.000.000 – 333.333) =	906.666
Imposta già versata	(228.000)
Imposta residua da versare entro il 16.06.2009:	678.000

### G) Aspetti contabili

Il documento OIC n. 3 ha chiarito le modalità di contabilizzazione dell'eventuale adesione al regime fiscale dell'affrancamento previsto dall'articolo 15, comma 10, del D.L. n. 185/2008. In particolare, in questa sede è stato chiarito che questa decisione è in grado di determinare:

- l'eliminazione della differenza temporanea tassabile costituita dal disallineamento tra i valori civilistici e quelli fiscali, con conseguente necessità di stornare in conto economico (e, in particolare, alla voce E22 "Imposte sul reddito dell'esercizio, correnti, differite e anticipate") le relative imposte differite originariamente rilevate (in particolare l'eliminazione del fondo imposte differite ne conto economico dell'esercizio è basata sul presupposto che in ogni caso quel fondo imposte differite avrebbe prodotto i propri effetti a conto economico, attraverso l'utilizzo dello stesso in corrispondenza degli ammortamenti del maggior valore attribuito all'immobilizzazione immateriale<sup>61</sup>);
- l'iscrizione a conto economico del costo costituito dall'imposta sostitutiva da versare per poter beneficiare dell'affrancamento.

Inoltre, l'eventuale decisione di affrancare l'avviamento, comportando il beneficio costituito dalla futura deducibilità (totale o parziale) delle relative quote di ammortamento, comporta la necessità di rilevare in bilancio le relative imposte anticipate (in particolare, in corrispondenza della voce C.II- 4- ter), previa verifica della relativa recuperabilità delle stesse.

## **3.2.4 Le novità introdotte dalla Legge di stabilità 2016**

L'articolo 1, commi 95-96, della Legge 28 dicembre 2015 n. 208 (legge di stabilità 2016) ha previsto, ferme restando le altre condizioni stabilite per l'affrancamento e illustrate in precedenza (es. imposta sostitutiva con aliquota pari al 16%), l'aumento da **1/10** ad **1/5** delle quote di ammortamento sui maggiori valori affrancati di marchi d'impresa e avviamento (per le altre attività immateriali resta invece immutata la deducibilità dei plusvalori nel limite della quota imputata a conto economico).

Viene quindi prevista una misura ancora più favorevole rispetto a quella prevista dal regime di affrancamento ordinario in quanto, per quest'ultimo, a fronte di un'aliquota di imposta sostitutiva leggermente inferiore (12%-14%-16%) con versamento in tre rate, la deducibilità dei maggiori valori è riconosciuta in un periodo di 18 anni anziché in 5.

Poiché l'ammortamento fiscale di marchi ed avviamento prescinde dall'imputazione a conto economico, possono beneficiare della nuova misura anche i soggetti *las adopter*, per i quali le attività immateriali a vita utile indefinita non sono ammortizzabili, ma assoggettabili all'*impairment test* (pertanto, per questi soggetti, la deduzione dei valori affrancati avverrà in via extracontabile in sede di dichiarazione dei redditi).

Anche per i soggetti che redigono il bilancio in base ai principi contabili nazionali, i valori affrancati saranno deducibili (in 5 periodi d'imposta), attraverso lo stanziamento di apposite "variazioni in diminuzione" operate in via extracontabile nella dichiarazione dei redditi (per questo motivo sarà necessario stanziare le imposte differite in bilancio, da assorbire al termine dell'ammortamento fiscale, quanto a conto economico saranno imputate le quote di ammortamento non più deducibili).

<sup>61</sup> Di conseguenza, il venir meno della differenza temporanea imponibile che aveva generato il fondo in un'unica soluzione, deve seguire lo stesso trattamento contabile che lo stesso avrebbe subito se la differenza temporanea si riducesse nel corso di più esercizi, fino all'azzeramento.

Il nuovo regime fiscale risulta applicabile ai disallineamenti derivanti da operazioni societarie straordinarie effettuate a partire dall'esercizio successivo a quello in corso alla data del 31 dicembre 2015 (ovvero a partire dall'anno 2016, in caso di periodo d'imposta coincidente con l'anno solare).

Gli effetti del riallineamento decorrono, ai fini dell'ammortamento, dal periodo d'imposta successivo a quello di pagamento dell'imposta sostitutiva (pertanto, per le operazioni effettuate nell'anno 2016, l'imposta sostitutiva sarà versata nel 2017, e gli effetti saranno riconosciuti a partire dall'anno 2018. In questo periodo d'imposta sarà quindi possibile effettuare, in via extracontabile, e in cinque periodi d'imposta, l'ammortamento del maggior valore assoggettato ad imposta sostitutiva).

Con riferimento all'ambito applicativo del regime sopra illustrato, nella circolare 18 maggio 2016 n. 20, l'Agenzia delle Entrate ha riconosciuto:

- la necessità di applicare le nuove disposizioni alle operazioni poste in essere dal 1 gennaio 2016, lasciando immutata la misura massima della deduzione (pari a 1/10) relativamente ai maggiori valori (di avviamento e marchi d'impresa) eventualmente iscritti ed affrancati in occasione di operazioni straordinarie poste in essere negli esercizi precedenti;
- l'impossibilità di applicare retroattivamente le nuove disposizioni (da cui deriva l'impossibilità di calcolare, in base al nuovo ridotto periodo di ammortamento, le quote deducibili relative al valore fiscale residuo delle attività immobiliari eventualmente affrancate in dieci anni sulla base della previgente normativa. Pertanto, qualora un medesimo avviamento o marchio d'impresa dovesse essere già stato affrancato ai sensi dei commi 10-bis e 10.-ter, i relativi valori fiscali dovranno essere tenuti distinti);
- l'applicabilità della riduzione del periodo di ammortamento (da dieci a cinque quote) limitatamente al valore affrancato di avviamento e marchi d'impresa, fermo restando la deduzione in misura non superiore a 1/10, a prescindere dall'imputazione a conto economico, per gli ammortamenti relativi ai valori delle altre attività immateriali "impliciti" nelle partecipazioni di controllo acquisite per effetto di queste operazioni.

### **3.2.5 Il bonus aggregazioni applicabile nel periodo d'imposta 2009 (quarta deroga alla neutralità fiscale)**

L'articolo 4 del D.L. 10 febbraio 2009 n. 5 ha riproposto il bonus aggregazioni già previsto dalla legge n. 296/2006 relativamente ai periodi d'imposta 2007 e 2008 (e analizzato al precedente paragrafo 3.2.1).

In particolare questa disposizione ha riconosciuto, a favore dei soggetti indicati nell'articolo 73, comma 1, lettera a), del TUIR (ovvero: società di capitali, società cooperative e di mutua assicurazione, società europee di cui al regolamento CE n. 1435/2003 e società cooperative europee di cui al regolamento CE n. 1435/2003 residenti in Italia) che risultano da operazioni di **fusione** o **scissione** effettuate nell'**anno 2009** (e, quindi, la società incorporante in caso di fusione e la società beneficiaria in caso di scissione), la possibilità di:

- usufruire del riconoscimento fiscale dei maggiori valori iscritti sui beni materiali ed immateriali per effetto dell'imputazione del disavanzo da concambio;
- per un ammontare complessivo non superiore a 5.000.000 di €.

La medesima possibilità è stata riconosciuta a favore del soggetto conferitario per le operazioni di **conferimento d'azienda** ai sensi dell'articolo 176 del TUIR (in questo caso l'affrancamento gratuito riguarda gli importi iscritti dalla conferitaria in eccedenza al costo fiscale che i beni avevano in capo al conferente).

Nello specifico, per espressa previsione normativa:

- ai fini della fruibilità dell'agevolazione in esame le imprese partecipanti devono essere operative da almeno due anni e non devono fare parte dello stesso gruppo societario;
- sono in ogni caso esclusi dall'agevolazione i soggetti legati tra loro da un rapporto di partecipazione superiore al 20% ovvero controllati, anche indirettamente, dallo stesso soggetto ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, n. 1, del Codice civile;
- il maggior valore attribuito ai beni è riconosciuto ai fini IRES e IRAP a decorrere dall'esercizio successivo a quello in cui ha avuto luogo l'operazione di aggregazione aziendale.

In particolare l'agevolazione in esame risulta applicabile qualora le imprese interessate dalle operazioni di aggregazione aziendale siano state operative e, quindi, si trovino o si siano trovate ininterrottamente nei due anni precedenti l'operazione nelle condizioni che consentono il riconoscimento fiscale dei maggiori valori iscritti in bilancio sopra illustrate.

Infine, fatta salva la possibile presentazione dell'interpello disapplicativo previsto dall'articolo 37-bis, comma 8, del DPR n. 600/73 volto a dimostrare l'assenza di profili di elusività della successiva operazione di aggregazione effettuata, è prevista la decadenza dall'agevolazione in esame nel caso in cui la società beneficiaria, nei primi quattro periodi d'imposta dall'effettuazione dell'operazione di aggregazione, dovesse provvedere a:

- effettuare ulteriori operazioni straordinarie indicate al titolo III, capi III e IV, del TUIR (fusioni, scissioni o conferimenti);
- cedere i beni iscritti o rivalutati

In quest'ultimo caso, nella dichiarazione dei redditi relativa al periodo d'imposta di decadenza, la società sarà tenuta a liquidare e versare l'IRES e l'IRAP dovute sul maggior reddito relative anche ai periodi d'imposta precedenti (maggiorate delle relative sanzioni e interessi) determinati senza tenere conto dei maggiori valori riconosciuti fiscalmente.

In buona sostanza, le principali novità della disposizione in esame rispetto a quanto previsto dal bonus aggregazioni disciplinato dalla legge n. 296/2006, consistono nel fatto che:

- i maggiori valori relativi alle immobilizzazioni materiali e immateriali sono fiscalmente riconosciuti gratuitamente, senza la necessità di versare l'imposta sostitutiva con aliquota pari al 12%;
- non è possibile fruire dell'agevolazione per il riconoscimento fiscale del valore dell'avviamento;
- le aziende che si aggregano possono avere un rapporto partecipativo fino al 20%;
- non è necessaria la presentazione di un'istanza di interpello preventiva all'Agenzia delle entrate.

#### **Esempio**

Si consideri il caso di 2 società (Alfa S.r.l. e Beta S.r.l.) che:

- non sono legate da alcun vincolo partecipativo;

- non hanno nessun tipo di accordo tale da poter considerare l'una controllata dall'altra;

Le società decidono di porre in essere un'operazione di fusione mediante l'incorporazione della società Beta S.r.l. nella Alfa S.r.l. In particolare, in questa sede, il disavanzo da concambio dell'operazione (per ipotesi pari a € 4.000.000) viene imputato ad incremento del valore delle immobilizzazioni materiali acquisite dalla Alfa S.r.l. (coefficiente di ammortamento: 15%).

In questo caso, a partire dall'esercizio 2010, la società Alfa S.r.l. potrà dedurre fiscalmente le quote di ammortamento calcolate sul maggior valore di € 4.000.000 (e, quindi, in misura pari a € 600.000 all'anno, ovvero  $4.000.000 * 15\%$ ), ottenendo in questo modo un beneficio fiscale pari a € 188.400 ( $600.000 * 31,40\%$ )

### **3.2.6 L'ipotesi di riallineamento introdotta dal D.L. 6 luglio 2011 n. 98 (quinta deroga alla neutralità fiscale)**

Con l'inserimento dei commi 10-bis e 10-ter all'articolo 15 del D.L. 29 novembre 2008, n. 185 (convertito, con modificazioni, dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2), l'articolo 23, comma 12, del D.L. 6 luglio 2011 n. 98 (convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011 n. 111) ha introdotto la possibilità di esercitare una nuova opzione "al fine di riallineare i valori fiscali e civilistici relativi all'avviamento, i marchi ed alle altre attività immateriali". Nello specifico, attraverso la normativa in esame, è stata introdotta la possibilità di affrancare, in tutto o in parte i maggiori valori contabili attribuibili ad avviamento, marchi d'impresa ed altre attività immateriali iscritti nel bilancio consolidato e incorporati (ancorché non autonomamente iscritti nel bilancio d'esercizio) nei maggiori valori contabili delle partecipazioni di controllo acquisite per effetto di operazioni straordinarie o traslative (ovvero le operazioni di fusione scissione, conferimento d'azienda, cessioni di azienda o di partecipazioni, scambi di partecipazioni e conferimenti di partecipazioni di controllo) **effettuate, alternativamente, entro il periodo d'imposta in corso al 31 dicembre 2010** (articolo 23, c. 13, D.L. n. 98/2011) **ovvero nel periodo d'imposta in corso al 31 dicembre 2011** (articolo 20 del D.L. 6 dicembre 2011 n. 201 convertito, con modificazioni, dall'articolo 1, comma 1, della Legge 22 dicembre 2011 n. 214).

Il nuovo meccanismo di affrancamento in esame consente, quindi, al soggetto che acquista una partecipazione di controllo di ottenere il riconoscimento fiscale dei plusvalori impliciti riferibili alla partecipazione acquisita senza dover necessariamente ricorrere alla fusione della partecipazione, a condizione che gli stessi siano attribuiti nel bilancio consolidato alla voce "avviamento", "marchi" o "altra attività immateriale" (e in ciò evitando, quindi, un'ingiusta penalizzazione che, in caso contrario, si sarebbe verificata rispetto ai soggetti che hanno posto in essere operazioni di acquisto di compendi aziendali in modo diretto).

#### **Esempio n. 1**

Si consideri l'ipotesi di acquisto di una partecipazione totalitaria da parte della società Alfa ad un corrispettivo – pari a 1.000 - superiore al patrimonio contabile della stessa – pari a 300.



In questo caso, attraverso la disciplina dell'affrancamento in esame, la società acquirente potrà affrancare la differenza – pari a 700 – se imputata nel bilancio consolidato a titolo di avviamento, marchi o ad un'altra attività immateriale.

#### **Esempio n. 2**

Si ipotizzi il caso di una fusione tra la società A (incorporante) e la società B (incorporata) il cui attivo è costituito, esclusivamente o prevalentemente, dalla partecipazione posseduta nella società C (partecipata dalla società B).



In questa ipotesi, la società A che incorpora la B iscrive la partecipazione in C ad un valore maggiore rispetto a quello incluso nel costo di iscrizione del dante causa.

La disciplina introdotta dal D.L. n. 98/2011 consente di dedurre in capo alla società A il plusvalore del costo della partecipazione posseduto nella società B che non trova un'autonoma rappresentazione nel bilancio della società

Le modalità di attuazione del riallineamento in esame sono state chiarite dall'Agenzia delle Entrate con il Provvedimento 22 novembre 2011 n. 168379 e, a livello interpretativo, nelle circolari 5 agosto 2011 n. 41 e 3 maggio 2013 n. 12.

Ulteriori modifiche in merito alle decorrenze dei relativi effetti sono state operate dall'articolo 1, commi 502-505, della legge 24 dicembre 2012 n. 228. Per un ulteriore commento in merito alle novità in esame si vedano anche le circolari Assonime 25 novembre 2011 n. 31 e 23 dicembre 2011 n. 36.

#### A) I presupposti da soddisfare per il riallineamento

Con riferimento alle modalità con cui operare il riallineamento in esame, si consideri che:

- a livello "soggettivo": l'opzione in esame può essere esercitata sia dalle imprese (costituite nella forma di società di capitali, società di persone e gli enti commerciali) che adottano i principi contabili internazionali sia dalle imprese che non applicano questi principi e che hanno iscritto nel proprio bilancio individuale una partecipazione di controllo per effetto di un'operazione straordinaria traslativa. In particolare si tratta dei seguenti soggetti:
  - incorporanti o risultanti dalla fusione in operazioni di fusione;
  - beneficiari in operazioni di scissione;
  - conferitari in operazioni di conferimento d'azienda;
  - conferitari in operazioni di conferimento di partecipazioni di controllo ai sensi dell'articolo 175 del TUIR;
  - conferitari in ipotesi di scambio di partecipazioni mediante conferimento ai sensi dell'articolo 177 del TUIR;
  - cessionari in ipotesi di compravendita di partecipazione di controllo;
  - cessionari in ipotesi di compravendita d'azienda che includa partecipazioni di controllo;
  - scambianti che, per effetto di operazioni di scambio di partecipazioni mediante permuta ai sensi dell'articolo 177 del TUIR, ricevono a loro volta una partecipazione di controllo;
  - soci che, per effetto del rapporto di concambio, ricevono una partecipazione di controllo a seguito di un'operazione di fusione o scissione;
  - conferenti che ricevono una partecipazione di controllo in operazioni di conferimento di azienda
  - conferenti che, per effetto di conferimento di partecipazioni di controllo ai sensi dell'articolo 175 del TUIR, ricevono a loro volta una partecipazione di controllo;

- conferenti che, per effetto di operazioni di scambio di partecipazioni mediante conferimento ai sensi dell'articolo 177 del TUIR, ricevono a loro volta una partecipazione di controllo.

Nello specifico i sopra citati soggetti possono esercitare l'opzione a condizione che facciano parte di un gruppo nel cui bilancio consolidato, riferibile all'esercizio in corso al 31 dicembre 2010 (ovvero al 31 dicembre 2011 per le nuove operazioni), a seguito di una delle ipotesi sopra illustrate sia stata iscritta una voce a titolo di "avviamento", "marchi di impresa" e "altre attività immateriali". In particolare:

- a) nel caso in cui più soggetti che redigono il bilancio consolidato all'interno del medesimo gruppo dovessero trovarsi nella condizione di poter optare per il riallineamento: ciascun soggetto potrà affrancare una quota di avviamento, marchi d'impresa e altre attività immateriali iscritti nel proprio bilancio consolidato pari, al massimo, al maggior valore della partecipazione ad esso riferibile;
  - b) nel caso in cui più soggetti appartenenti ad un unico gruppo dovessero trovarsi nella condizione di poter optare per il riallineamento: ciascuno di essi potrà esercitare l'opzione per il regime dell'imposta sostitutiva, ancorchè il bilancio consolidato venga redatto esclusivamente dalla capogruppo;
  - c) nel caso in cui un soggetto, a seguito delle sopra citate operazioni straordinarie, dovesse avere acquisito in più fasi o incrementato il controllo, anche per il tramite di un soggetto partecipato: lo stesso potrà, anche a insieme a quest'ultimo, esercitare l'opzione per il regime dell'imposta sostitutiva (viceversa, la riduzione o la perdita del controllo intervenute successivamente, non precluderà la facoltà di esercitare l'operazione per il regime dell'imposta sostitutiva);
  - d) nel caso di acquisizione di una partecipazione di controllo congiunto: i relativi soggetti potranno esercitare l'opzione per il regime dell'imposta sostitutiva;
  - e) nel caso in cui il soggetto, a seguito delle sopra citate operazioni straordinarie, dovesse avere acquisito una partecipazione di controllo in una società estera: lo stesso potrà esercitare l'opzione per l'applicazione dell'imposta sostitutiva;
- a livello "oggettivo": sono affrancabili (con il pagamento di un'imposta sostitutiva con aliquota pari al 16% - codice tributo "1843") i maggiori valori civilistici iscritti sulle partecipazioni di controllo da parte dei sopra citati aventi causa di operazioni straordinarie (ovvero: fusioni, scissioni, conferimenti di azienda, cessioni di azienda o di partecipazioni), emersi in conseguenza delle stesse e a condizione che gli stessi siano stati iscritti, in modo autonomo, nel bilancio consolidato in qualità di "avviamento", "marchi d'impresa" ed "altre attività immateriali". A quest'ultimo riguardo, la relazione governativa al D.L. n. 98/2011 ha sottolineato che l'affrancamento in esame ha la finalità di consentire l'accesso al regime sostitutivo "alle operazioni straordinarie che hanno ad oggetto società il cui attivo di bilancio sia rappresentato, in tutto o in parte, da partecipazioni", tenuto conto che, in questa ipotesi, "nel bilancio individuale della società risultante dalla fusione i valori relativi all'avviamento ed alle altre attività immateriali sono inclusi nel valore di carico delle partecipazioni, senza possibilità di autonoma iscrizione".

Per quanto riguarda le "partecipazioni di controllo" interessate dall'affrancamento in esame devono considerarsi tali:

- per i soggetti che non sono tenuti all'applicazione dei principi contabili internazionali: le partecipazioni incluse nel consolidamento ai sensi dell'articolo 24 e, seguenti, del capo III del Decreto Legislativo 9 aprile 1991, n. 127 (ovvero quelle che presentano i requisiti di cui all'articolo 26 del D.Lgs. n. 127/1991);
- per i soggetti tenuti all'applicazione dei principi contabili internazionali: le partecipazioni incluse nel consolidamento in base alle previsioni contenute nei medesimi principi contabili internazionali (ovvero quelle che soddisfano i requisiti previsti dallo IAS n. 27).

In particolare, con riferimento alle operazioni di fusione, scissione e conferimento d'azienda, la base imponibile rilevante ai fini dell'affrancamento in esame è costituita al minore tra:

- la differenza tra il valore contabile della partecipazione di controllo iscritto nel bilancio individuale a seguito dell'operazione straordinaria e il valore della partecipazione risultante dalla situazione contabile redatta dalla società fusa, incorporata, scissa o conferente alla data di efficacia giuridica dell'operazione;
- il corrispondente valore di avviamento, marchi d'impresa e altre attività immateriali, in proporzione alla percentuale di partecipazione acquisita per effetto dell'operazione.

### **Esempio**

Si ipotizzi una partecipazione iscritta al valore di 100 che venga ceduta/acquistata a 130 poiché incorpora plusvalori latenti pari a 30. In questo caso, l'acquirente iscriverà la partecipazione a 130 prescindendo dal fatto che una parte del prezzo di acquisto costituisca, nella sostanza, avviamento.



Con il riallineamento in esame, l'avviamento "consolidato" nel valore della partecipazione può essere riconosciuto fiscalmente mediante il versamento di un'imposta sostitutiva pari al 16%. In questo caso, quindi:

- a) la partecipazione avrà un costo fiscalmente riconosciuto pari a 100;
- b) il plusvalore latente costituito dall'avviamento (pari a 30) potrà essere ammortizzato, ai fini fiscali, in un massimo di 10 anni;

### **B) L'importo affrancabile e la corrispondente imposta sostitutiva**

L'importo affrancabile (anche in via parziale) sulla base della disciplina sopra illustrata è costituito dal minore tra:

- la differenza tra il valore contabile della partecipazione di controllo iscritto nel bilancio individuale della società acquirente e la corrispondente quota di patrimonio netto della partecipata;
- i valori contabili degli *asset* immateriali riferibili alla partecipata, in proporzione alla partecipazione detenuta, che risulta dal bilancio consolidato al 31 dicembre 2010 (ovvero al 31 dicembre 2011 per le "nuove operazioni").

Sull'importo affrancabile così determinato, ai fini del riallineamento è dovuta un'imposta sostitutiva (da versare con le modalità previste dall'articolo 17 del D.Lgs. 9 luglio 1997 n. 241, con esclusione della possibilità di compensazione) con aliquota al 16% che:

- per le operazioni effettuate entro il periodo d'imposta in corso al 31 dicembre 2010: doveva essere versata in un'unica soluzione entro il 30 novembre 2011 (art. 23, c. 13, D.L. n. 98/2011);
- per le operazioni effettuate nel periodo d'imposta in corso al 31 dicembre 2011: doveva essere versata in un'unica rata entro il termine di scadenza dei versamenti del saldo delle imposte sui redditi dovute per il periodo d'imposta 2012.

Nello specifico l'imposta sostitutiva deve essere versata con le modalità previste dall'articolo 17 del D.Lgs. 9 luglio 1997 n. 241 (e successive modificazioni), con esclusione della possibilità di compensazione.

Si ricorda che l'opzione in esame si perfeziona proprio con il versamento dell'imposta sostitutiva in questione e prevede, altresì, la compilazione dell'apposito quadro dedicato nella prima dichiarazione dei redditi utile



successiva ai termini di versamento sopra richiamati (la mancata o errata compilazione del prospetto in dichiarazione, pur non costituendo una causa ostativa per l'accesso al regime, espone alla sanzione prevista dall'articolo 8, comma 1, del D.Lgs. 18 dicembre 1997 n. 471).

### C) La decorrenza degli effetti fiscali dei riallineamenti

In virtù di quanto previsto dal comma 14 dell'articolo 23 del decreto (così come modificato dall'articolo 1, commi 502-503, della Legge 24 Dicembre 2012 n. 228), gli effetti del riallineamento in esame decorrono:

- per le operazioni effettuate entro il periodo d'imposta in corso al 31 dicembre 2010: dal periodo d'imposta successivo a quello in corso al **31 dicembre 2017** (pertanto, per i soggetti con esercizio coincidente con l'anno solare, il riconoscimento fiscale dei maggiori valori opererà dal periodo d'imposta **2018** – Ex art. 23, comma 14, del D.L. n. 98/2011);
- per le operazioni effettuate nel periodo d'imposta in corso al 31 dicembre 2011: dal periodo d'imposta successivo a quello in corso al **31 dicembre 2019** (ovvero il periodo d'imposta **2020** per i soggetti "solari" – Ex art. 20, comma 2, D.L. n. 201/2011).

In particolare, a decorrere dal periodo d'imposta di rilevanza fiscale, il valore affrancato dell'avviamento, dei marchi d'impresa e delle altre attività immateriali risulterà fiscalmente deducibile, in via extracontabile (ovvero a prescindere dalla relativa imputazione a conto economico), secondo quanto stabilito dall'articolo 15, comma 10, del D.L. n. 185/2008 e, pertanto:

- per gli avviamenti, i marchi e le altre attività immateriali a vita utile indefinita: in misura non superiore a 1/10;
- per le attività immateriali a vita utile definita: nei limiti della quota imputata a conto economico.

In questo senso, quindi, l'opportunità del riallineamento dipende dal confronto tra l'aliquota dell'imposta sostitutiva dovuta (16%) e le imposte risparmiate (Ires ed Irap) a seguito dei futuri ammortamenti, considerando altresì che l'affrancamento rende fiscalmente ammortizzabili i maggiori valori al 10% annuo ma solo a partire dall'esercizio successivo a quello in corso al 31 dicembre 2019 (ovvero l'esercizio successivo a quello in corso al 31 dicembre 2017 per le operazioni effettuate nel 2010 e negli anni precedenti).

Infine, in virtù di quanto previsto dall'articolo 4 del Provvedimento 22 novembre 2011 dell'Agenzia delle Entrate, si ricorda che:

- gli effetti fiscali prodotti in virtù dell'esercizio dell'opzione non sono revocati in presenza di atti di realizzo che riguardano le partecipazioni di controllo, i marchi d'impresa, le altre attività immateriali o l'azienda cui si riferisce l'affrancamento affrancato;
- l'eventuale esercizio dell'opzione per i regimi di riallineamento dei valori fiscali e contabili previsti dagli articoli 172, comma 10-bis, 173, comma 15-bis, e 176-comma 2-ter, del TUIR e dall'articolo 15, commi 10, 11, 12 del D.L. n. 185/2008 non preclude la possibilità di optare per il riallineamento in esame, né l'esercizio dell'opzione per quest'ultima preclude l'esercizio dell'opzione per i predetti regimi di riallineamento;
- gli importi affrancati devono essere indicati in un apposito prospetto della dichiarazione dei redditi e della dichiarazione IRAP (e ciò al fine di evidenziare gli importi assoggettati all'imposta sostitutiva rispetto ai valori delle voci relative all'avviamento, marchi d'impresa e altre attività immateriali suscettibili di affrancamento);
- tutti gli altri elementi necessari ai fini dell'attività di controllo e di accertamento in merito alla corretta applicazione del regime dell'imposta sostitutiva (ivi comprese le informazioni relative alle differenze tra



i valori contabili delle partecipazioni e/o del patrimonio netto delle imprese controllate emerse e quelle relative alla riconducibilità delle predette differenze ai valori di avviamento, marchi d'impresa e altre attività immateriali, iscritti nei bilanci consolidati riferiti all'esercizio in corso al 31 dicembre 2010) devono essere evidenziati in un apposito documento extracontabile da esibire, su richiesta all'Ufficio competente.

#### D) Le imposte anticipate

Il riconoscimento fiscale dei maggiori valori degli avviamenti e delle altre attività immateriali consente l'iscrizione nel bilancio d'esercizio delle imposte anticipate (OIC, applicazione n. 1 del febbraio 2009). A quest'ultimo riguardo, la relazione tecnica al D.L. n. 98/2011 ha confermato che anche queste imposte si qualificano per la conversione in crediti d'imposta per effetto dell'applicazione della norma introdotta dall'articolo 2, comma 55, del D.L. 225/2010 (c.d. "decreto mille proroghe").

### **3.2.7 La disciplina di affrancamento prevista dalla Legge di stabilità 2014 (sesta deroga alla neutralità fiscale)**

L'articolo 1, commi 150-152, della Legge 27 dicembre 2013 n. 147 (c.d. "Legge di stabilità 2014") ha riconosciuto la possibilità di applicare la disciplina di affrancamento in precedenza introdotta in via transitoria dal D.L. n. 185/2008 (e analizzata al precedente paragrafo 3.4) alle operazioni effettuate a decorrere dal periodo d'imposta in corso al 31 dicembre 2012, a condizione che i maggiori valori "incorporati" nelle partecipazioni di controllo acquisite a seguito delle operazioni realizzative (cessione d'azienda/partecipazioni) o emersi a seguito di operazioni straordinarie "neutrali" siano iscritti in modo autonomo nel bilancio consolidato a titolo di avviamento, marchi d'impresa e altre attività immateriali.

In particolare, secondo questa nuova modalità di affrancamento, il versamento dell'imposta sostitutiva pari al 16% deve essere effettuato:

- in un'unica soluzione entro il termine di scadenza del saldo delle imposte sui redditi dovute per il periodo d'imposta in riferimento al quale è effettuata l'operazione, secondo le modalità previste dall'articolo 17 del D.Lgs. n. 241/1997, esclusa la compensazione ivi prevista;
- per le operazioni effettuate nel periodo d'imposta in corso al 31 dicembre 2012: entro il termine di scadenza del saldo delle imposte dovute per il periodo d'imposta in corso al 31 dicembre 2013 (vale a dire entro il 16 giugno 2014).

Gli effetti del riallineamento in esame decorrono dal secondo periodo d'imposta successivo a quello di pagamento dell'imposta sostitutiva (pertanto, per le operazioni effettuate nel 2012 e nel 2013, gli effetti saranno riconosciuti a partire dal 2016. Da questo periodo d'imposta sarà quindi possibile dedurre in via extracontabile, ai fini Ires ed Irap, e nell'arco di 10 periodi d'imposta, l'ammortamento del maggior valore assoggettato ad imposta sostitutiva a titolo di avviamento, marchi ed altre attività immateriali).

Infine, la disciplina in esame ha previsto:

- la revoca degli effetti del riallineamento in caso di atti di realizzo riguardanti le partecipazioni di controllo, i marchi d'impresa e le altre attività immateriali o l'azienda cui si riferisce l'ammortamento affrancato effettuati anteriormente al quarto periodo d'imposta successivo a quello di avvenuto pagamento dell'imposta sostitutiva (in caso di revoca il costo fiscale è ridotto dei maggiori valori assoggettati a imposta sostitutiva e dell'eventuale maggiore ammortamento dedotto e l'imposta sostitutiva versata è scomputata dalle imposte sui redditi);
- il divieto di cumulo con gli altri regimi di imposizione sostitutiva previsti con riguardo all'affrancamento dell'avviamento e degli altri beni (pertanto l'opzione per il regime di riallineamento in esame preclude,

sui medesimi valori, quella per i regimi previsti dagli articoli 172, comma 10-bis, 173, comma 15-bis e 176, comma 2-ter, del TUIR e dell'articolo 15, commi 10-12, del D.L. n. 185/2008).

Le modalità di attuazione della disciplina sopra illustrata sono state illustrate dal Provvedimento n. 77035/2014 del 6 giugno 2014. In particolare, secondo il provvedimento, la base imponibile da assoggettare all'imposta sostitutiva è costituita dal minore tra:

- **la differenza** tra il valore contabile della partecipazione di controllo iscritto nel bilancio individuale a seguito di una delle operazioni ammesse e il valore della partecipazione risultante dalla situazione contabile redatta dalla società fusa, incorporata, scissa o conferente alla data di efficacia giuridica dell'operazione;
- **il corrispondente valore** di avviamento, marchi d'impresa ed altre attività immateriali, in proporzione alla percentuale di partecipazione acquisita per effetto di una delle sopra citate operazioni, iscritto nel bilancio consolidato riferibile all'esercizio nel corso del quale l'operazione ha avuto efficacia giuridica, ancorché rappresentato nel medesimo bilancio in connessione ad altre partecipazioni in conformità ai principi contabili adottati.

### 3.3 La ricostituzione delle riserve in bilancio

Il comma 5 dell'articolo 172 del TUIR disciplina il trattamento fiscale applicabile alle riserve in sospensione d'imposta iscritte nell'ultimo bilancio delle società fuse o incorporate. Nello specifico la disposizione prevede due fattispecie, ovvero:

- *le riserve tassabili in ogni caso se non ricostituite nel bilancio successivo alla fusione della società incorporante o risultante dalla fusione.* A titolo esemplificativo sono tali:
  - il fondo sopravvenienze attive (ai sensi dell'articolo 55, comma 4, TUIR);
  - il fondo di accantonamento istituito ai sensi dell'articolo 11 della legge n. 317/1991;
  - il fondo di accantonamento istituito ai sensi dell'articolo 33, comma 9, della legge n. 413/1991;
  - la riserva per ammortamenti anticipati (ai sensi dell'articolo 67, comma 3, del previgente TUIR);

Relativamente alle modalità di ricostituzione, il comma 5 dell'articolo 172 del TUIR prevede la necessità di utilizzare in via prioritaria l'eventuale avanzo di fusione emergente dall'operazione.

- *le riserve in sospensione di imposta tassabili solo in caso di distribuzione.* A titolo esemplificativo sono tali:
  - le riserve da rivalutazione monetaria (legge 2 dicembre 1975 n. 576 e legge 10 marzo 1983, n. 72);
  - la riserva da rivalutazione (ai sensi dell'articolo 4 legge n. 408/1990 e articolo 26 legge n. 413/1991);
  - le riserve da condono.

Queste riserve devono essere ricostituite previa sussistenza di un avanzo di fusione o di un aumento di capitale sociale dell'incorporante di ammontare superiore al capitale complessivo delle società partecipanti alla fusione che viene concambiato. Viceversa, qualora la fusione non comporti un avanzo o un aumento di capitale "eccedente", queste riserve possono scomparire senza alcun onere; in questa ipotesi il relativo vincolo di non distribuzione delle stesse si trasferisce sul capitale della società incorporante e comporta la tassabilità di questi fondi soltanto:

- nell'ipotesi in cui vi sia un avanzo di fusione o un aumento di capitale eccedente e comunque nei limiti di quest'ultimo;
- in occasione della distribuzione dell'avanzo e della riduzione del capitale sociale per esuberanza o in occasione della liquidazione della società.

### *L'interpretazione della norma di comportamento ADC n. 173*

Si segnala che, con la norma di comportamento n. 173, l'ADC di Milano ha fornito la propria interpretazione in merito alle modalità di ricostituzione e utilizzo delle riserve di capitali e di utili della società incorporata nell'ambito dell'operazione di fusione. In particolare, al riguardo, è stata riconosciuta la necessità di operare attraverso le seguenti fasi:

- **fase 1:** ricostituzione in via prioritaria delle riserve in sospensione d'imposta secondo le regole previste dall'articolo 172, comma 5, del TUIR;
- **fase 2:** in caso di avanzo eccedente: ricostituzione delle riserve di capitali e di utili con il criterio proporzionale previsto dall'articolo 172, comma 6, del TUIR (al riguardo si veda il successivo paragrafo 3.3);
- **fase 3:** dopo aver determinato l'ammontare complessivo delle riserve di utili ricostituite, imputazione delle stesse con priorità a quelle formate dalla società fusa o scissa con utili prodotti fino all'esercizio in corso alla data del 31 dicembre 2007 (in conformità a quanto previsto dall'articolo 1, c. 2, del D.M. 2 aprile 2008), con conseguente tassazione delle stesse (in via prioritaria) in misura pari al 40% del relativo ammontare.

#### Il chiarimento interpretativo

Nella risoluzione 7 marzo 2017 n. 27, l'Agenzia delle Entrate è intervenuta sugli effetti fiscali derivanti dall'incorporazione di una società a responsabilità limitata in una fondazione (ente non commerciale).

Nel caso specifico, è stato preliminarmente osservato che l'operazione di fusione tra un ente non commerciale ed una società di capitali implica una trasformazione del soggetto incorporato da società di capitali a ente non commerciale, con la conseguenza che la stessa risulta assoggettata alle norme fiscali previste in materia di trasformazione eterogenea ex art. 171 del TUIR. In questo caso, quindi, si verifica:

- la destinazione dei beni a finalità estranee all'esercizio di impresa;
- il realizzo al valore normale dei beni della società incorporata/trasformante che non siano confluiti nel ramo commerciale del soggetto incorporante/trasformato.

In particolare, l'articolo 171 del Tuir prevede che le riserve costituite prima della trasformazione, escluse quelle di capitale, devono essere assoggettate a tassazione nei confronti dei soci o associati:

- se dopo la trasformazione sono iscritte in bilancio con indicazione della loro origine: nel periodo di imposta della relativa distribuzione o utilizzo per scopi diversi dalla copertura di perdite d'esercizio;
- se non iscritte in bilancio ovvero iscritte senza la detta indicazione: nel periodo d'imposta successivo alla trasformazione.

Secondo questa disposizione, la tassazione delle riserve di utili ed in sospensione d'imposta avviene al momento della loro effettiva distribuzione o utilizzazione per scopi diversi dalla copertura di perdite di esercizio, a condizione che le stesse vengano inserite in un bilancio con indicazione della loro origine.

In questo contesto, nella risoluzione in esame, l'Agenzia delle Entrate ha precisato che la sopra citata condizione di iscrizione in bilancio può essere soddisfatta unicamente in caso di esercizio di un'attività commerciale da parte del soggetto trasformato (nel caso di specie, la fondazione incorporante), e ciò in quanto soltanto in questa ipotesi può accadere che le riserve vengano utilizzate per coprire (o meno) perdite d'esercizio.

Viceversa, nel caso (come nel caso esaminato) in cui l'ente risultante dalla fusione/trasformazione non eserciti alcuna attività commerciale:

la riserva in sospensione diviene automaticamente tassata in capo alla società

viene considerato distribuito un dividendo a beneficio del soggetto incorporante.

### 3.3.1 Il regime fiscale dell'avanzo di fusione

Il comma 6 dell'articolo 172 del TUIR prevede che *“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. Si considerano non concorrenti alla formazione dell'avanzo da annullamento il capitale e le riserve di capitale fino a concorrenza del valore della partecipazione annullata”*.

La disposizione, modificata dal Decreto Legislativo 10 febbraio 2005, n. 24 (c.d. “correttivo IRES”) prevede, dunque, espressamente che l'aumento di capitale (della società incorporante o risultante dalla fusione) o l'avanzo che residuano dopo aver ottemperato all'obbligo richiesto dal precedente comma 5 relativo alla ricostituzione ed attribuzione delle riserve in sospensione d'imposta “radicale” (ovvero tassabili in ogni ipotesi di utilizzo) e “moderata” (ovvero tassabili solo in sede di distribuzione ai soci, ma non, per esempio, in ipotesi di copertura perdite) ereditano, in misura proporzionale, la stessa natura tributaria del capitale sociale e delle riserve che compongono il patrimonio netto delle società incorporate o fuse, ad esclusione delle riserve in sospensione d'imposta. Si osserva che mentre la precedente versione della norma faceva riferimento soltanto alle riserve della società incorporata, più correttamente, la nuova versione comprende anche il capitale sociale. A seguito di queste modifiche, quindi, nel conteggio necessario ai fini della qualificazione fiscale dell'avanzo residuo dovrà essere considerato l'intero patrimonio netto contabile della società incorporata o fusa, e non soltanto le riserve.

In altri termini, l'avanzo si considera riferibile proporzionalmente non solo alle riserve di capitale e di utili (diverse da quelle in sospensione), ma anche al capitale della società fusa o incorporata (a commento l'Assonime con la circolare 9 dicembre 2005, n. 65 ha evidenziato che *“si tratta, in altri termini, della statuizione del principio secondo cui si conservano prioritariamente nell'avanzo le riserve formate con utili e, cioè, quelle che esprimono l'accrescimento del patrimonio della società fusa o incorporata rispetto al capitale proprio”*).

Vediamo di illustrare questo possibile effetto nell'esempio seguente.

#### Esempio

Si consideri la seguente situazione contabile di partenza:

#### Stato patrimoniale incorporante A

Attività	Passività e netto
Partecipazioni in B (100%) 600	Capitale Sociale 6.000
Altre attività 25.400	Riserve 1.000
	Altre passività 19.000
<b>Totale 26.000</b>	<b>Totale 26.000</b>

#### Stato patrimoniale incorporata B

<b>Attività</b>	<b>Passività e netto</b>	
Attività 3.000	Capitale Sociale	200
	Riserve in sospensione radicale	100
	Riserve di capitale	600
	Riserve di utili	400
	Altre passività	1.700
<b>Totale 3.000</b>	<b>Totale 3.000</b>	

A seguito dell'operazione di fusione, la situazione patrimoniale della società incorporante A è la seguente:

**Stato patrimoniale incorporante A (post fusione)**

<b>Attività</b>	<b>Passività e netto</b>	
Attività 28.400	Capitale Sociale	6.000
	Riserve	1.000
	Avanzo da annullamento	700
	Altre passività	20.700
<b>Totale 28.400</b>	<b>Totale 28.400</b>	

L'operazione di fusione determina un avanzo da annullamento pari a 700, dato dalla differenza tra il patrimonio netto della incorporata B (1.300) e il costo d'acquisto delle relative partecipazioni (pari a 600).

Ai sensi del comma 5, primo periodo, dell'articolo 172 del TUIR, questo avanzo dovrà essere utilizzato in via prioritaria per ricostruire le riserve in sospensione d'imposta radicale dell'incorporata B di ammontare pari a 100.

La quota di avanzo residua pari a 600 (700 – 100) avrà la seguente natura ai fini fiscali:

- per 400 (2/3) assumerà la natura di “riserva di capitale” (questo importo deriva dal seguente rapporto:  $(200 + 600) / 1.200$  e rappresenta il peso proporzionale del capitale sociale (pari a 200) e delle riserve di capitale (600) della incorporata B sul relativo patrimonio netto assunto al netto delle riserve in sospensione d'imposta ricostituite ( $1.300 - 100 = 1.200$ );
- per 200 (1/3) assumerà la natura di “riserva di utili” (questo importo deriva dal seguente rapporto:  $(400 / 1.200)$  che rappresenta il peso proporzionale delle riserve di utili della incorporata (pari a 400) sul relativo patrimonio netto assunto al netto delle riserve in sospensione radicale ricostituite ( $1.300 - 100 = 1.200$ ).

\*\*\*

In virtù di quanto previsto dall'articolo 172, comma 6, secondo periodo, del TUIR, invece, il capitale e le riserve di capitale devono considerarsi esclusi dalla formazione della natura dell'avanzo da annullamento fino a concorrenza del valore della partecipazione annullata.

Questa nuova previsione (espressamente introdotta dal Decreto Legislativo 18 novembre 2005, n. 247) interviene con specifico riferimento all'assegnazione della natura tributaria dell'avanzo da annullamento, stabilendo che, nel previsto computo proporzionale, non si deve tener conto, ai fini della determinazione della quota-parte ascrivibile al capitale sociale e alle riserve di capitale, dell'ammontare delle partecipazioni sociali annullate per effetto della fusione.

Pertanto, fino a concorrenza dell'importo pari al valore della partecipazione annullata, il capitale sociale e le riserve di capitale della società incorporata non devono essere considerati ai fini del calcolo in esame.

Da quanto sopra deriva che, nell'ipotesi di emersione di avanzo da annullamento, la norma in esame produce un effetto penalizzante in capo alla società incorporante, considerato che si realizza un ridimensionamento della natura di "riserva di capitale" dello stesso avanzo conseguente all'assorbimento dell'incidenza proporzionale del capitale e delle riserve di capitale

### Esempio

#### Stato patrimoniale incorporante A

<b>Attività</b>		<b>Passività e netto</b>	
Partecipazioni in B (100%)	400	Capitale Sociale	6.000
Altre attività	25.600	Riserve	1.000
		Altre passività	19.000
<b>Totale</b>		<b>Totale</b>	<b>26.000</b>
<b>26.000</b>			

#### Stato patrimoniale incorporata B

<b>Attività</b>		<b>Passività e netto</b>	
Attività		Capitale Sociale	400
3.000		Riserve di capitale	400
		Riserve di utili	800
		Altre passività	1.400
<b>Totale</b>		<b>Totale</b>	
<b>3.000</b>		<b>3.000</b>	

A seguito dell'operazione di fusione, la situazione patrimoniale della società incorporante A è la seguente:

#### Stato patrimoniale incorporante A (post fusione)

<b>Attività</b>	<b>Passività e netto</b>	
Attività 28.600	Capitale Sociale	6.000
	Riserve	1.000
	Avanzo da annullamento	1.200
	Altre passività	20.400
<b>Totale 28.600</b>	<b>Totale 28.600</b>	

L'operazione di fusione determina un avanzo da annullamento pari a 1.200, dato dalla differenza tra il patrimonio netto della società incorporata B (1.600) e il costo di acquisto delle relative partecipazioni (400).

In virtù di quanto previsto dal secondo periodo del comma 6 dell'articolo 172 del TUIR, ai fini del computo proporzionale, l'importo riferito al capitale e alle riserve di capitale della incorporata B deve essere nettato dell'importo delle partecipazioni della stessa società annullate, sicché il patrimonio netto della società B rilevante ai fini del conteggio sarà il seguente:

$$\text{Patrimonio netto società B} = [400 (\text{capitale}) + 400 (\text{riserve di capitale}) - 400 (\text{partecipazioni annullate})] + 800 (\text{riserve di utili}) = 1.200$$

⇒ Il patrimonio netto della società B si considera, dunque, composto da 400 a titolo di riserve di capitale e 800 a titolo di riserve di utili.

In assenza di riserve in sospensione d'imposta da ricostituire, l'avanzo da annullamento emerso (1.200) avrà la seguente natura:

- per 1/3 ovvero per 400, assumerà la natura di riserva di capitale. Questo ammontare è dato dal seguente rapporto:  $400 / 1.200$  (che rappresenta il rapporto tra il peso proporzionale della quota riferibile al capitale sociale e alle riserve di capitale dell'incorporata pari a 400 – e il patrimonio netto rideterminato per tener conto delle partecipazioni annullate ovvero  $1.600 - 400$ );
- per 2/3 ovvero per 800, assumerà la natura di riserva di utili. Questo ammontare è dato dal seguente rapporto:  $800 / 1.200$  (che rappresenta il rapporto tra il peso proporzionale della quota riferibile alle riserve di utili dell'incorporata pari a 800 e il patrimonio netto rideterminato per tenere conto delle partecipazioni annullate ovvero  $1.600 - 400$ ).

## 3.4 Il riporto delle perdite fiscali

### 3.4.1 Disciplina generale

Il riporto delle perdite delle società che partecipano alla fusione è disciplinato dal comma 7 dell'articolo 172 e risulta subordinato al rispetto di specifiche condizioni di carattere quantitativo e di effettiva operatività delle società stesse. In questo senso, infatti, è previsto che:

- la società risultante dalla fusione o incorporante può portare in diminuzione del proprio reddito le perdite fiscali di tutte le società che partecipano alla fusione per la parte del loro ammontare che non eccede l'ammontare del rispettivo patrimonio netto;
- il patrimonio netto a cui fare riferimento è quello risultante dall'ultimo bilancio ovvero, se inferiore, quello risultante nella situazione patrimoniale prevista dall'articolo 2501-*quater* del Codice Civile<sup>62</sup> (a quest'ultimo riguardo, nella **risoluzione 9 maggio 2011 n. 54**, l'Agenzia delle Entrate ha riconosciuto che la locuzione "ultimo bilancio" contenuta nell'articolo 172, comma 7, del TUIR deve essere intesa nel senso di "*bilancio relativo all'ultimo esercizio chiuso prima della data di efficacia giuridica della fusione*", ancorché non approvato a questa data. In particolare, anche nel caso di retrodatazione degli effetti fiscali e contabili della fusione all'inizio dell'esercizio, l'ultimo bilancio per la società che detiene le perdite deve intendersi come il bilancio relativo all'esercizio precedente a quello in cui la fusione è giuridicamente perfezionata);
- ai fini della determinazione dell'ammontare del patrimonio netto:
  - devono essere esclusi i conferimenti ed i versamenti effettuati nei ventiquattro mesi anteriori la data della situazione patrimoniale;
  - devono essere ricompresi i contributi erogati a norma di legge dallo Stato o da altri enti pubblici.

A quest'ultimo riguardo si segnala che, nella sentenza n. 266967 del 22/12/2016, attraverso un orientamento eccessivamente ancorato al dato letterale della norma, la Corte di Cassazione ha confermato la necessità di detrarre dal patrimonio netto della società che ha in dote le perdite l'ammontare di tutti i versamenti effettuati negli ultimi 24 mesi, anche se obbligatori e necessari per la ricapitalizzazione della società che si trova nella situazione prevista dall'articolo 2447 del c.c.

#### **Esempio 1 (individuazione dell'ultimo bilancio rilevante ai fini della riportabilità delle perdite fiscali)**

Si consideri un'operazione di fusione con:

- a) efficacia giuridica alla data del 1 marzo 2010;
- b) effetti fiscali e contabili retrodatati al 1 gennaio 2010;



In questo caso, ai fini della determinazione del quantum di perdite fiscali riportabili, occorrerà assumere a riferimento il patrimonio netto risultante dal bilancio della società incorporata relativo all'esercizio chiuso alla data del 31 dicembre 2009, ancorché lo stesso sia stato approvato dalla società incorporante in una data (22 aprile 2010) successiva rispetto a quella di efficacia giuridica della fusione (1 marzo 2010) e sempre che dalla situazione patrimoniale redatta ai sensi dell'articolo 2501-*quater* del Codice Civile non risulti un patrimonio netto inferiore.

Oltre a quanto visto in precedenza, ai fini della riportabilità delle perdite fiscali è necessario:

<sup>62</sup> Articolo 2501-*quater* del Codice Civile "*L'organo amministrativo delle società partecipanti alla fusione deve redigere, con l'osservanza delle norme sul bilancio d'esercizio, la situazione patrimoniale delle società stesse, riferita ad una data non anteriore di oltre centoventi giorni al giorno in cui il progetto di fusione è depositato nella sede della società. La situazione patrimoniale può essere sostituita dal bilancio dell'ultimo esercizio, se questo è stato chiuso non oltre sei mesi prima del giorno del deposito indicato nel primo comma*".



- 1) verificare le condizioni di “vitalità” delle società partecipanti alla fusione (e ciò in considerazione del fatto che i ricavi e proventi dell’attività caratteristica e le spese per lavoro subordinato, che risultano nel conto economico delle società che riportano le perdite, nell’esercizio precedente a quello in cui la fusione è stata deliberata, devono essere superiori al 40% di quello che risulta dalla media dei due esercizi anteriori.

Per quanto riguarda l’individuazione dei “ricavi e proventi dell’attività caratteristica” la normativa in esame non contiene più alcun riferimento alla voce A.1 del conto economico e, in questo modo, è stato chiarito che questi ricavi devono essere individuati in relazione “*all’attività svolta dalla società*”. Attraverso questa modifica, quindi, il legislatore ha recepito sul piano normativo quanto previsto dalla risoluzione 29 ottobre 2002 n. 337 (peraltro, in senso conforme, nella risoluzione 10 aprile 2008 n. 143/E, l’Agenzia delle Entrate ha riconosciuto che, per le *holding* di partecipazione che classificano i proventi dell’attività caratteristica in voci del conto economico diverse da quelle previste dall’articolo 2425 del Codice Civile, è possibile considerare non solo i ricavi e proventi previsti alle voci A.1 e A.5 del conto economico, ma anche i proventi finanziari iscritti alle voci C.15 e C.16);

- 2) considerare che, nel caso in cui le azioni o quote della società la cui perdita è riportabile siano in possesso della società incorporante o di altra società partecipante alla fusione, la perdita non è comunque ammessa in diminuzione fino a concorrenza dell’ammontare complessivo della svalutazione di queste azioni o quote effettuata ai fini della determinazione del reddito dalla società partecipante o dall’impresa che le ha ad essa cedute dopo l’esercizio al quale si riferisce la perdita e prima dell’atto di fusione.

### Esempio 2 (ricavi e spese di lavoro subordinato > 40% della media dei 2 esercizi precedenti)

Si consideri in seguente esempio relativo ad un’operazione di fusione deliberata nel corso dell’anno 2008:

	<b>2007</b> (esercizio precedente a quello interessato dalla delibera di fusione)	<b>2006</b>	<b>2005</b>
Ricavi e proventi dell’attività caratteristica	4.000	2.800	2.000
Spese per prestazioni di lavoro subordinato e relativi contributi	800	600	400

In questo contesto è necessario:

- determinare la media dei ricavi relativi ai 2 esercizi anteriori all’esercizio precedente a quello in cui la fusione è stata deliberata:  $(2.800 + 2.000) / 2 = 2.400$ ;
- assumere il 40% del valore del punto 1):  $2.400 \times 40\% = 960$ ;
- determinare la media delle spese di lavoro subordinato relative ai 2 esercizi anteriori all’esercizio precedente a quello in cui la fusione è stata deliberata:  $(600 + 400) / 2 = 500$ ;
- assumere il 40% del valore del punto 3):  $500 \times 40\% = 200$ .

Nel caso esaminato sia i ricavi (4.000 è maggiore di 960) sia le spese di lavoro subordinato dell'esercizio 2007 (800 è maggiore di 200) sono superiori al 40% delle medie degli esercizi precedenti e, di conseguenza, le perdite fiscali sono deducibili.

**Esempio 3 (indeducibilità delle perdite nei limiti delle svalutazioni sulle partecipazioni relative alla società incorporata fiscalmente dedotte)**

Si consideri in seguente esempio con:

- fusione per incorporazione deliberata il 20 aprile 2008;
- patrimonio netto della società incorporata risultante dall'ultimo bilancio: 2.800;
- perdite fiscali presenti nella società incorporata: 1.600.

	Biennio precedente		Media degli esercizi	40% della media	Esercizio anteriore alla fusione	Riportabilità delle perdite
	2005	2006	2005 - 2006		2007	
<b>Ricavi</b>	2.000	1.400	1.700	680	1.200	SI
<b>Costo del lavoro</b>	320	200	260	104	128	SI

In questo contesto, poi, occorrerà effettuare il seguente confronto:

Perdita della società incorporata	1.600
Patrimonio netto della società incorporata risultante dall'ultimo bilancio	2.800
Minore tra gli importi risultanti dai punti 1) e 2)	1.600
Svalutazione della partecipazione già effettuata dalla incorporante	(200)
Perdita fiscale dell'incorporata riportabile dall'incorporante	1.400

Con riferimento all'ambito applicativo delle limitazioni previste dall'articolo 172, c. 7, del TUIR, si segnala che nella sentenza 16 luglio 2015 n. 88/2/15, la CTR di Bolzano ha riconosciuto l'assenza di elusività (e, conseguentemente, la possibilità di dedurre le relative perdite) nell'ipotesi di incorporazione di una società neo costituita che, in quanto tale, non è in grado di superare il test di vitalità previsto dalla disposizione sopra richiamata.

Oltre a quanto sopra, nella sentenza n. 207/1/2017, la CTP di Treviso ha riconosciuto l'impossibilità dell'Amministrazione finanziaria di recuperare in capo all'incorporante le perdite pregresse dell'incorporata per il solo mancato superamento del test di vitalità.

### 3.4.2 L'estensione delle limitazioni previste per le perdite fiscali agli interessi passivi in deducibili e alle eccedenze del rendimento nozionale derivanti dall'applicazione e dell'agevolazione ACE

Al fine di evitare l'effettuazione di operazioni straordinarie esclusivamente finalizzate al subentro nel diritto alla deduzione degli interessi passivi riportati in avanti, l'articolo 1, comma 33, lettera aa) della legge 24 dicembre 2007 n. 244 (legge finanziaria 2008) ha aggiunto un nuovo periodo all'articolo 172, comma 7, del TUIR, estendendo in questo modo l'applicazione delle limitazioni previste per il riporto delle perdite fiscali delle società partecipanti all'operazione di fusione (analizzate al precedente paragrafo 3.4.1) agli interessi in deducibili oggetto di riporto ai sensi del citato articolo 96 del TUIR (è appena il caso di precisare che, in virtù dello specifico rinvio operato dall'articolo 173, comma 10, del TUIR, queste limitazioni sono applicabili anche alle perdite relative alle società partecipanti all'operazione di scissione).

Oltre a ciò, a decorrere dal periodo di imposta successivo a quello in corso alla data del 31 dicembre 2015 (ovvero, per i soggetti con esercizio coincidente con l'anno solare, dal periodo d'imposta 2016), l'articolo 1, c. 549, della Legge 11 dicembre 2016 n. 232 le medesime limitazioni sono applicabili anche alle **eccedenze del rendimento nozionale derivanti dall'applicazione della c.d. "agevolazione ACE"** prevista dall'articolo 1, c. 4, del D.L. 6 dicembre 2011 n. 201 convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214.

Nella circolare 19 febbraio 2008 n. 12/E (risposta n. 5.1), l'Agenzia delle Entrate ha fornito i primi chiarimenti in merito alle modalità di estensione dei sopra citati criteri di limitazione ai fini della riportabilità delle perdite agli interessi passivi. In particolare, in questa sede, è stato evidenziato che:

- gli interessi passivi eccedenti possono essere riportati in avanti dalla società risultante dalla fusione:
  - previo superamento del c.d. "test di vitalità" da parte della società partecipante alla fusione (incremento dei ricavi e spese per lavoro dipendente);
  - nei limiti del patrimonio netto contabile della società stessa determinato ai sensi dell'articolo 172, comma 7, del TUIR (ovvero al netto dei versamenti effettuati nei 24 mesi precedenti);
- la deduzione calcolata con il limite indicato al punto precedente è quella effettivamente spettante senza alcuna rilevanza da riferire alle eventuali svalutazioni dedotte in passato (e ciò in considerazione del fatto che lo scopo di questa disposizione "... è quello di evitare che la società incorporante possa portare in diminuzione dai propri redditi, successivamente alla fusione, delle perdite che abbiano già concorso a determinare una svalutazione della partecipazione, con conseguente duplicazione degli effetti. Con riferimento agli interessi passivi in deducibili di cui è questione non può verificarsi questa duplicazione di effetti negativi dal momento che in vigore della norma che consentiva la svalutazione delle partecipazioni non era consentito il riporto in avanti degli eventuali interessi passivi in deducibili").

Oltre a quanto sopra, nella **risoluzione 12 aprile 2011 n. 42**, l'Agenzia delle Entrate ha affermato la piena applicabilità delle limitazioni previste dal c.d. "test di vitalità" e dal limite del patrimonio netto contenute nell'articolo 172, comma 7, del TUIR agli interessi passivi in deducibili riportabili (ex articolo 96, comma 4, del TUIR) nell'ambito delle operazioni di fusione che coinvolgono società che partecipano ad un consolidato fiscale nazionale e che non interrompono la tassazione di gruppo (e ciò, si badi, a differenza delle perdite fiscali prodotte in costanza di consolidato alle quali, viceversa, così come chiarito nella circolare 9 marzo 2010 n. 9/E, non sono applicabili le disposizioni limitative previste dall'articolo 172, comma 7, del TUIR). In particolare, secondo l'Agenzia, questo diverso trattamento sarebbe giustificato dalla diversità dei meccanismi che governano la compensazione intersoggettiva dei risultati imponibili rispetto agli interessi passivi in deducibili dal ROL. In questo senso, infatti, mentre il meccanismo di compensazione delle perdite si caratterizza per la piena compensazione intersoggettiva, quello relativo alla compensazione dell'eccedenza di interessi passivi e ROL non comporta la spersonalizzazione degli interessi passivi che, viceversa, in base alla disciplina prevista dall'articolo 96 del TUIR, restano nella esclusiva disponibilità del soggetto che li ha generati.

### 3.4.3 I chiarimenti relativi al riporto delle perdite fiscali nella fusione

La disciplina relativa al riporto delle perdite fiscali delle società partecipanti alla fusione prevista dal comma 7 dell'articolo 172 del TUIR è stata specificatamente esaminata:

- nella circolare 9 marzo 2010 n. 9/E;
- nella risoluzione 6 luglio 2009 n. 174/E dell'Agenzia delle Entrate;
- nella circolare 13 febbraio 2006, n. 6/E (paragrafo 7.10) dell'Agenzia delle Entrate;
- nella risoluzione 24 ottobre 2006 n. 116/E dell'Agenzia delle Entrate (successivamente criticata dalla norma di comportamento n. 176 dell'Associazione Dottori Commercialisti di Milano);
- nella norma di comportamento n. 160 dell'ADC di Milano.

#### A) La circolare dell'Agenzia delle Entrate 9 marzo 2010 n. 9

Nella circolare 9 marzo 2010 n. 9/E, l'Agenzia delle Entrate ha chiarito le modalità di riporto delle perdite nelle operazioni di fusione che coinvolgono società che hanno optato per l'applicazione del regime del consolidato fiscale nazionale (ex articoli 117-129 del TUIR)<sup>63</sup>. In particolare, al riguardo, è stato precisato che:

- per le operazioni di fusione operate tra due società facenti parte del consolidato e con perdite fiscali conseguite durante il periodo del consolidato (e, in quanto tali, non in grado di interrompere la tassazione di gruppo): le disposizioni limitative al riporto delle perdite fiscali previste dall'articolo 172, comma 7, del TUIR risultano applicabili alle sole perdite "pregresse" all'ingresso nel regime consolidato da parte di ciascuna società partecipante all'operazione (ma non, viceversa, alle perdite prodotte durante il consolidato e ciò in quanto, in questo caso, non è possibile individuare nessun tipo di effetto elusivo finalizzato a realizzare la compensazione intersoggettiva delle perdite fiscali tra i soggetti coinvolti);
- per le operazioni di fusione effettuate strumentalmente alla vigilia della cessazione del consolidato e/o da società successivamente fuoriuscite dal perimetro del consolidamento: risulta applicabile la normativa antielusiva prevista dall'articolo 37-bis del D.P.R. n. 600/73 per verificare se l'operazione è stata realizzata al solo scopo di eludere le disposizioni previste dall'articolo 172, comma 7, del TUIR.

#### Esempio

Fusione per incorporazione di società non inclusa in società inclusa nel consolidato



Le limitazioni previste dall'articolo 172, comma 7, del TUIR sono applicabili limitatamente alle perdite qualificabili ai sensi dell'articolo 118, comma 2, del TUIR (ad esempio: perdite realizzata dalla società consolidata/consolidante in esercizi anteriori all'ingresso nella tassazione di gruppo e perdite realizzate dalla società non inclusa

Con riferimento a quanto sopra si segnala che, secondo l'orientamento espresso dall'Assonime nella circolare 15 giugno 2010 n. 20, le sopra citate conclusioni dell'Agenzia delle Entrate dovrebbero estendersi non soltanto alle operazioni di fusione attuate interamente all'interno del gruppo di consolidamento, ma anche

<sup>63</sup> Al riguardo occorre considerare che, l'articolo 12, comma 1, lettera a), del decreto ministeriale 9 giugno 2004 (c.d. "decreto attuativo del regime di tassazione del consolidato nazionale") prevede, per le operazioni di fusione effettuate tra società consolidate, l'applicazione delle disposizioni previste dall'articolo 172, comma 7, del TUIR per il riporto delle perdite.

a quelle che coinvolgono altre società esterne al gruppo e che, tuttavia, una volta incorporate non interrompono la tassazione consolidata (ad esempio: incorporazione di una società esterna al consolidato in una società inclusa nel consolidato. In questa ipotesi, le perdite della società non inclusa sono interamente soggette alle limitazioni previste dall'articolo 172, c. 7, del TUIR mentre, per la società inclusa, le stesse riguarderanno le sole perdite anteriori all'ingresso nella tassazione di gruppo). In particolare secondo l'Assonime, le fusioni di società che hanno optato per il consolidato fiscale dovrebbero suddividersi in due diverse tipologie, ovvero:

- le fusioni eseguite all'interno del gruppo e in grado di determinare l'estinzione (per "assorbimento") di società già appartenenti al consolidato (ad esempio: fusione per incorporazione di una società consolidata nella consolidante): in questo caso:
  - a) *le perdite della società incorporata antecedenti all'ingresso nel consolidato:* dovrebbero essere soggette alle limitazioni previste dal comma 7 dell'articolo 172 del TUIR;
  - b) *le perdite della incorporata maturate durante il consolidato:* non dovrebbero essere soggette alle limitazioni previste dal comma 7 dell'articolo 172 del TUIR (essendo nella disponibilità della *fiscal unit* durante il periodo di efficacia dell'opzione e, al termine del consolidato, anche in assenza della fusione, attribuibili alla società consolidante ai sensi dell'articolo 124 del TUIR);
- le fusioni che comportano la fuoriuscita dal consolidato (ad esempio: fusione per incorporazione di una società non inclusa nel consolidato in una società inclusa che sia in grado di far perdere i requisiti previsti dall'articolo 117 del TUIR): in cui tutte le perdite delle società partecipanti (ovvero sia quelle pregresse non consumate sia quelle eventualmente riattribuite ai sensi dell'articolo 124 del TUIR) dovrebbero essere sottoposte alle ordinarie disposizioni limitative previste dall'articolo 72 del TUIR.

## **B) La risoluzione dell'Agenzia delle Entrate 6 luglio 2009 n. 174/E**

Nella risoluzione 6 luglio 2009 n. 174/E, l'Agenzia delle Entrate ha chiarito le modalità di utilizzo delle perdite fiscali pregresse prodotte da una società incorporante e operante in qualità di "consolidante" nell'ambito dell'istituto del "consolidato fiscale" (ai sensi degli articoli 118 e seguenti del codice civile). In particolare, in questa sede, l'Agenzia delle Entrate ha riconosciuto la possibilità di utilizzare le perdite pregresse ante consolidato:

- se in grado di soddisfare i requisiti di riportabilità previsti dall'articolo 172, comma 7, del TUIR (limite di patrimonio netto e test di vitalità) in caso di fusione tra due società che partecipano ad un consolidato fiscale;
- esclusivamente da parte dell'incorporante (ovvero in compensazione dei redditi conseguiti dalla medesima, ancorché per effetto della fusione).

Coerentemente con quanto sopra, infatti, è stato affermato che:

- *"... per effetto di un'operazione di fusione potrebbe realizzarsi un 'travaso' di perdite fiscali pregresse all'esercizio dell'opzione all'interno del consolidato stesso. Infatti, all'interno del consolidato, le perdite fiscali pregresse di una delle società partecipanti alla fusione, compensate per effetto della fusione stessa con i redditi di altra società (anch'essa facente parte del consolidato) determinerebbero, nel rispetto dei limiti e dei vincoli di cui all'articolo 172, comma 7, del TUIR, minori redditi da attribuire al consolidato";*
- *"pur tuttavia, la circostanza che in conseguenza di un'operazione di fusione tra due società che fanno parte di un consolidato, l'utilizzo delle perdite fiscali pregresse all'esercizio dell'opzione per il regime di tassazione di gruppo si traduca in minori redditi da attribuire al consolidato stesso, non appare contraria all'articolo 118, comma 2, del TUIR; che, in materia di tassazione consolidata, dispone che le perdite fiscali relative agli esercizi anteriori all'inizio della tassazione di gruppo possono essere utilizzate solo dalle società cui si riferiscono";*

- *“nel caso di specie, atteso il rispetto delle condizioni previste dall’articolo 172, comma 7, del TUIR, le perdite fiscali pregresse ante consolidato, saranno utilizzate esclusivamente dall’incorporante in compensazione dei redditi conseguiti dalla medesima, ancorchè per effetto della fusione. In tale circostanza, non si ravvede, pertanto, l’aggiramento di alcun principio (o divieto) dell’ordinamento tributario in materia di utilizzo delle perdite fiscali pregresse in ambito consolidato”.*

### **C) La circolare dell’Agenzia delle Entrate 13 febbraio 2006 n. 6/E**

Come visto in precedenza, nel caso in cui le azioni o quote della società in possesso di perdite riportabili sono possedute dalla società incorporante o da un’altra società che partecipa alla fusione, queste perdite non sono comunque deducibili fino a concorrenza dell’ammontare delle svalutazioni già dedotte.

A quest’ultimo riguardo, nella circolare 13 febbraio 2006, n. 6/E (paragrafo 7.10), l’Agenzia delle Entrate ha sottolineato l’impossibilità di disapplicare questa disposizione attraverso la presentazione di un’istanza di interpello ai sensi dell’articolo 37-bis, comma 8, del D.P.R. n. 600/73<sup>64</sup> e ciò in considerazione della mancata natura di norma “antielusiva” riferibile all’articolo 172, comma 7, del TUIR. In questo senso, infatti, è stato affermato che quest’ultima disposizione:

- (da un lato) *“... intende impedire il riporto delle perdite delle società fuse o incorporate quando le stesse perdite sono già state prese a riferimento per la rilevazione di minusvalenze deducibili. Ciò tanto nell’ipotesi in cui la minusvalenza sia stata dedotta dalla società incorporante ovvero da altra società partecipante alla fusione quanto nell’ipotesi in cui la minusvalenza sia stata dedotta da un’impresa terza che ha poi ceduto le azioni a una delle società partecipanti alla fusione, dopo l’esercizio cui si riferisce la perdita”;*
- (dall’altro risulta finalizzata) *“... non a contrastare un’azione elusiva ma ad impedire una doppia deduzione della stessa perdita, una prima volta attraverso la deduzione della minusvalenza da parte del titolare della partecipazione, una seconda a seguito del riporto della perdita nell’operazione di fusione”.*

### **D) La risoluzione dell’Agenzia delle Entrate 24 ottobre 2006 n. 116**

Nella risoluzione 24 ottobre 2006, n. 116/E, l’Agenzia delle Entrate ha interpretato in modo “innovativo” un aspetto di particolare rilevanza, ovvero le modalità con cui effettuare il c.d. “test di vitalità” delle società coinvolte nell’operazione di fusione previsto dal comma 7 dell’articolo 172 del TUIR.

In particolare, al riguardo, è stato evidenziato che:

- *“la disposizione in esame, la cui ratio è quella di contrastare le operazioni di commercio delle cosiddette ‘bare fiscali’, deve essere interpretata nel senso che i requisiti minimi di vitalità economica debbano sussistere non solo nel periodo precedente alla fusione, così come si ricava dal dato letterale, bensì debbano continuare a permanere fino al momento in cui la fusione viene deliberata”;*
- (e ciò in considerazione del fatto che) *“la stessa disposizione ... verrebbe privata della sua portata antielusiva qualora fosse consentito il riporto delle perdite fiscali ad una società che è stata completamente depotenziata nell’arco di tempo intercorrente fra la chiusura dell’esercizio precedente alla fusione e la deliberazione dell’operazione medesima”.*

Secondo l’orientamento sopra citato, quindi, al di là del mero tenore letterale della norma in esame la verifica relativa alla “vitalità” delle società che partecipano alla fusione (ovvero, in particolare, il confronto

<sup>64</sup> In base al quale *“le norme tributarie che, allo scopo di contrastare comportamenti elusivi, limitano deduzioni, detrazioni, crediti d’imposta o altre posizioni soggettive altrimenti ammesse dall’ordinamento tributario, possono essere disapplicate qualora il contribuente dimostri che nella particolare fattispecie tali effetti elusivi non potevano verificarsi. A tal fine il contribuente deve presentare istanza al direttore regionale delle entrate competente per territorio, descrivendo compiutamente l’operazione e indicando le disposizioni normative di cui chiede la disapplicazione”.*

tra l'ammontare dei ricavi e dei costi per il personale risultante dall'esercizio precedente la fusione e il 40% degli stessi dati medi del biennio precedente) dovrebbe essere prolungata non soltanto all'esercizio precedente a quello in cui questa operazione è stata deliberata, ma anche alla frazione d'esercizio relativa al periodo che intercorre tra la data dell'inizio dell'esercizio e la data della delibera della fusione.

Questo orientamento è stato successivamente ribadito dall'Agenzia delle Entrate nella **circolare 9 marzo 2010 n. 9/E**, in cui, a tal fine, è stata sottolineata:

- la necessità di raggugliare ad anno l'ammontare dei ricavi e proventi dell'attività caratteristica e delle spese per prestazioni di lavoro "... per consentire che il raffronto con la media dell'ammontare dei medesimi elementi contabili degli ultimi due esercizi precedenti sia effettuato tra dati omogenei";
- l'assenza di raggugliare l'ulteriore parametro costituito dal valore del patrimonio netto risultante dall'ultimo bilancio d'esercizio (ovvero, se inferiore, da quello risultante dalla situazione patrimoniale redatta ai sensi dell'articolo 2501- quater del codice civile) della società che riporta le perdite.

Le sopra citate interpretazioni non convincono sotto diversi aspetti considerato che (al riguardo si veda anche la circolare Assonime 31 maggio 2007 n. 31):

- a livello interpretativo: la conclusione raggiunta non è conforme al dato letterale della norma, in quanto il legislatore non ha previsto il fatto che la verifica dei requisiti di "vitalità economica" debba essere effettuata nel periodo di tempo intercorrente tra la chiusura dell'esercizio precedente a quello di deliberazione della fusione e la deliberazione stessa, ma si è limitato a stabilire che il rispetto di questi requisiti deve risultare dal confronto tra i dati contabili relativi all'esercizio precedente a quello di delibera della fusione e la media dei dati contabili relativi ai due esercizi anteriori;
- a livello economico: nell'ultimo periodo ante-fusione, quando questa operazione è già stata progettata e deliberata, la riduzione del fatturato della società incorporata può costituire un evento "fisiologico" (ma penalizzante ai fini della riportabilità delle perdite fiscali in base al meccanismo previsto dal comma 7 dell'articolo 172 del TUIR) in considerazione degli accorgimenti organizzativi e strategici che possono derivare dall'operazione (ad esempio la riduzione e la riorganizzazione del personale, la rivisitazione delle aree produttive e di vendita).

### Esempio

Riprendendo l'esempio precedente per una fusione deliberata in data 20 aprile 2008:

- secondo il tenore letterale del comma 7 dell'articolo 172 del TUIR: sarebbe necessario confrontare il dato del 2007 con la media del biennio precedente (2005-2006);
- secondo il chiarimento fornito nella risoluzione n. 116/E/2006 e ribadito nella circolare n. 9/E/2010: i requisiti di "vitalità economica" dovrebbero risultare soddisfatti anche nel periodo: 1 gennaio – 20 aprile 2008.

Ad ulteriore evidenza dei limiti sottostanti al sopra citato orientamento fornito dell'Agenzia delle Entrate, con la norma di comportamento n. 176 l'Associazione Dottori Commercialisti di Milano:

- dopo avere sottolineato che "*un'interpretazione ... secondo la quale i requisiti di vitalità economica debbano sussistere non solo nell'esercizio precedente a quello in cui avviene la delibera di fusione così come si ricava dal dato letterale, bensì debbano continuare a permanere fino al momento in cui la fusione viene deliberata ... non è condivisibile perché è in contrasto con il dato letterale della norma .... e perché ignora, tra l'altro, l'influenza della diversa durata dell'ultimo esercizio e il peso dei fattori stagionali, nonché l'effetto dell'eventuale assetto societario sull'andamento aziendale*";



- ha evidenziato che *“la considerazione che l’interpretazione, qui ritenuta non condivisibile, offra maggiori tutele all’erario in termini di contrasto all’elusione non è sufficiente a giustificarla dal momento che l’operazione di fusione è soggetta all’ulteriore controllo recato dall’articolo 37-bis del DPR 29 settembre 1973 n. 600 ma limitatamente alla costruzione artificiosa dei predetti parametri di vitalità e non alla scelta del momento in cui tali parametri debbano essere verificati”*;
- e, infine, ha concluso che *“... il periodo introdotto dal comma 7 dell’articolo 172 del TUIR dall’articolo 35, comma 17, D.L. 4 luglio 2006 n. 223, convertito con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2005 n. 248 (che estende le limitazioni al riporto delle perdite anche alle perdite fiscali in corso di formazione nel periodo in cui si perfeziona l’operazione), la cui introduzione deve ricondursi alla volontà del legislatore di contrastare tutte quelle operazioni elusive poste in essere al fine di realizzare un utilizzo strumentale delle perdite in discorso, nulla dispone circa gli esercizi da considerare per verificare la vitalità delle società coinvolte nella fusione”*.

### **E) La norma di comportamento dell’ADC n. 160**

Con la norma di comportamento n. 160, l’Associazione Dottori Commercialisti di Milano (di seguito indicata come “l’ADC”) ha fornito alcuni chiarimenti in merito alle modalità di riporto delle perdite fiscali delle società partecipanti alle operazioni di fusione.

In particolare, l’ADC ha focalizzato la propria attenzione sulle limitazioni al riporto delle perdite causate dall’applicazione dei «limiti» fissati dall’articolo 172, comma 7, del TUIR (ovvero incapienza del patrimonio netto delle singole società partecipanti ed effettuazione di precedenti svalutazioni sulle partecipazioni incorporate).

Secondo l’orientamento espresso, una volta determinato l’ammontare della perdita non più riportabile attraverso l’applicazione dei criteri e delle limitazioni stabilite dall’articolo 172 del TUIR, dovrebbe essere sempre possibile decidere liberamente quali perdite lasciare definitivamente, in modo tale da determinare le condizioni di maggior favore per la società incorporante (e ciò in quanto il TUIR non indica alcun ordine cronologico nella scelta delle perdite fiscali riportabili nell’incorporante o nel soggetto risultante dalla fusione). Al riguardo, infatti, è stato sottolineato che, in assenza di una disposizione normativa specifica e tassativa rivolta *“a fissare un ordine cronologico di eliminazione delle perdite di cui non è più ammesso il riporto nell’incorporante o nel soggetto risultante dalla fusione, la scelta della modalità di diminuzione delle perdite riportabili è lasciata alla discrezione del contribuente, il quale, pertanto, al fine di conseguire l’effetto di maggior favore può imputare la riduzione a partire dalle perdite più remote fino al raggiungimento di quelle più recenti, oppure utilizzare con priorità quelle soggette a prescrizione quinquennale, in presenza di perdite che beneficiano della riportabilità illimitata nel tempo”*.

Seguendo questo orientamento, quindi, proprio in virtù della libera discrezionalità lasciata al contribuente, dovrebbe derivare che:

- le eventuali perdite fiscali limitatamente riportabili: dovrebbero essere utilizzate in via prioritaria rispetto a quelle riportabili in misura illimitata;
- in presenza di perdite aventi un vincolo quinquennale: dovrebbero essere utilizzate le perdite più recenti (stante il più ampio arco temporale possibile di utilizzabilità delle stesse in conformità a quanto previsto dall’articolo 84 del TUIR).

#### **Esempio**

La società Alfa (incorporata) ha dichiarato € 360.000 di perdite così suddivise:

Perdite illimitatamente riportabili: € 30.000



Perdite relative al quinto anno precedente: € 90.000

Perdite relative al quarto anno precedente: € 60.000

Perdite relative al terzo anno precedente: € 0

Perdite relative al secondo anno precedente: € 100.000

Perdite relative all'esercizio precedente: € 80.000

In questo contesto, se le perdite fiscali riportabili dovessero essere determinate in un ammontare massimo pari a **€ 160.000** (in virtù delle limitazioni previste dall'articolo 172, comma 7, TUIR), la scelta più conveniente risulterà essere la seguente:

Perdite illimitatamente riportabili: € 30.000

Perdite relative al quinto anno precedente: € 0

Perdite relative al quarto anno precedente: € 0

Perdite relative al terzo anno precedente: € 0

Perdite relative al secondo anno precedente: € 50.000

Perdite relative all'esercizio precedente: € 80.000

### 3.4.4 Il regime delle perdite per le fusioni retrodatate

L'articolo 35 del Decreto Legge 4 luglio 2006, n. 223 (convertito nella legge 4 agosto 2006, n. 248) ha aggiunto un nuovo periodo al comma 7 dell'articolo 172 in base al quale è previsto che *"in caso di retrodatazione degli effetti della fusione ai sensi del comma 9<sup>65</sup>, le limitazioni del presente comma si applicano anche al risultato negativo, determinabile applicando le regole ordinarie, che si sarebbe generato in modo autonomo in capo ai soggetti che partecipano alla fusione in relazione al periodo che intercorre tra l'inizio del periodo d'imposta e la data antecedente a quella di efficacia giuridica della fusione"*.

Al fine di chiarire la portata riferibile alla novità sopra illustrata occorre considerare che, prima dell'introduzione della stessa, in caso di retrodatazione degli effetti fiscali della fusione, le società partecipanti potevano, attraverso la retrodatazione degli effetti fiscali, compensare reciprocamente i risultati positivi e negativi relativi al periodo d'imposta di effettuazione dell'operazione senza dover incorrere nelle limitazioni per il riporto delle perdite previste dall'articolo 172, comma 7, del TUIR (in buona sostanza, quindi, attraverso la retrodatazione, l'esercizio interessato dall'operazione si configurava come un unico periodo d'imposta, con la conseguenza che, in capo alla società incorporante veniva a determinarsi un unico reddito composto dal reddito di ciascuna società partecipante).

In questo contesto, attraverso la norma in esame, il legislatore ha voluto estendere le limitazioni previste per il riporto delle perdite fiscali previste dal citato comma 7 dell'articolo 172 del TUIR (ovvero la necessità di operare il test sul patrimonio e sulla vitalità della società ai fini dell'utilizzabilità delle relative perdite) anche ai risultati negativi maturati da tutte le società partecipanti (ovvero sia la società incorporata sia la

<sup>65</sup> Ai sensi dell'articolo 172, comma 9, del TUIR *"l'atto di fusione può stabilire che ai fini delle imposte sui redditi gli effetti della fusione decorrano da una data non anteriore a quella in cui si è chiuso l'ultimo esercizio di ciascuna delle società fuse o incorporate o a quella, se più prossima, in cui si è chiuso l'ultimo esercizio della società incorporante"*. Inoltre, per effetto della retrodatazione, come specificato dalla Circolare 4 agosto 2006, n. 28/E *"non si originavano autonomi e distinti periodi d'imposta, ma al contrario un unico periodo d'imposta ed un unico reddito in capo alla società risultante dalla fusione (o incorporante), alla cui determinazione partecipavano i "flussi reddituali" di tutte le società coinvolte nell'operazione. Ciò consentiva di compensare risultati di segno diverso, teoricamente attribuibili alle diverse società partecipanti alla fusione"*.

società incorporante) nell'eventuale periodo compreso tra la data di efficacia fiscale della fusione (indicata nell'atto di fusione) e la data di efficacia giuridica della stessa (che, com'è noto, coincide con la data di iscrizione nel Registro delle imprese).

Coerentemente con quanto sopra:

- la relazione al Decreto Legge n. 223/2006 ha sottolineato che *“attualmente dando efficacia retroattiva all'operazione di fusione, è possibile ‘compensare’ i risultati positivi (o negativi) di periodo della società incorporante (o beneficiaria) con i risultanti negativi (o positivi) di periodo dell'incorporata (o della scissa). Ciò si presta a possibili abusi, in quanto non appaiono applicabili le limitazioni previste dall'articolo 172, comma 7, del TUIR per le perdite pregresse. Per evitare abusi è opportuno prevedere che se l'incorporazione vede coinvolta una società ‘non operativa’, la perdita di periodo, da determinarsi appositamente, non è tout court rilevante ai sensi dell'articolo 84; mentre se la società coinvolta ‘è operativa’ si rendono applicabili alle perdite di periodo le stesse limitazioni espressamente previste per le perdite pregresse di cui all'articolo 172, comma 7”;*
- la circolare 4 agosto 2006, n. 28/E ha ulteriormente ribadito che la ratio di questa modifica è rappresentata dalla *“... volontà del legislatore di contrastare tutte quelle operazioni elusive poste in essere al fine di realizzare un utilizzo strumentale di siffatti risultati negativi di periodo. Tale disposizione, infatti, obbligando tutte le società partecipanti alla fusione a subordinare il diritto al riporto delle eventuali perdite di periodo alla verifica della sussistenza sia degli “indici di vitalità” sia del limite quantitativo del patrimonio netto, disconosce, in assenza dei predetti requisiti, la possibilità di compensare i teorici risultati di periodo che la retrodatazione implicitamente produceva”.*

A livello operativo questa nuova disposizione comporta un ulteriore aggravio di adempimenti considerato che, come sottolineato dalla citata circolare n. 28/E/2006, *“tutte le società partecipanti alla fusione, compresa la società incorporante, dovranno determinare un proprio “risultato di periodo”, relativo all'intervallo temporale che intercorre tra l'inizio del periodo d'imposta e la data antecedente a quella di efficacia giuridica della fusione”.*

In questa ipotesi, quindi, l'eventuale risultato fiscale negativo (perdita) determinato nel predetto periodo con riferimento ad uno o più soggetti partecipanti alla fusione, dovrà essere assoggettato alle condizioni e ai limiti di riportabilità stabiliti dal comma 7 dell'articolo 172 del TUIR.

Con riferimento alla normativa sopra citata, e in assenza di ulteriori indicazioni di prassi, nella circolare 31 maggio 2007 n. 31 l'Assonime ha sottolineato:

- l'impossibilità di estendere le limitazioni previste dal comma 7 dell'articolo 172 del TUIR alle perdite prodotte dalle società partecipanti al “consolidato fiscale” (previsto dagli articoli 117-129 del TUIR) nei periodi d'imposta di adesione a questo istituto in conformità a quanto previsto dall'articolo 12, comma 1, lettera a) del decreto ministeriale 9 giugno 2004 (viceversa le perdite fiscali formatesi anteriormente al consolidato risulterebbero soggette a queste limitazioni);
- (nonostante la nuova disposizione relativa alla retrodatazione delle perdite) la mancata natura di “autonomo periodo d'imposta” riferibile alla frazione di periodo “ante” fusione della società incorporata (è evidente che la questione in esame assume un'estrema rilevanza ai fini della corretta applicazione dell'articolo 84, comma 1, del TUIR<sup>66</sup> e, in particolare, ai fini della corretta determinazione delle perdite fiscali pregresse della società incorporata risalenti al quint'ultimo periodo d'imposta

---

<sup>66</sup> Articolo 84, comma 1, del TUIR: *“la perdita di un periodo d'imposta, determina con le stesse norme vevolvi per la determinazione del reddito, può essere computata in diminuzione del reddito dei periodi d'imposta successivi, ma non oltre il quinto, per l'intero importo che trova capienza nel reddito imponibile di ciascuno di essi...”.*

anteriore a quello interessato dalla fusione retroattiva e ancora utilizzabili dalla società incorporante)<sup>67</sup>;

- l'esclusione dall'applicazione della disposizione in esame per le perdite riferibili alla gestione dell'azienda della società incorporata determinatesi nella frazione di esercizio successiva al momento in cui è intervenuta la fusione (e ciò in quanto "... il risultato di questa frazione di periodo è imputabile ex lege esclusivamente alla sola società incorporante a prescindere dalla retrodatazione o meno dell'operazione");
- la necessità di applicare alle perdite della società incorporata relative alla frazione d'esercizio "ante-fusione" i limiti previsti dall'articolo 172, comma 7, del TUIR;
- (nell'ipotesi di coesistenza tra la perdita della frazione d'esercizio ante-fusione della società incorporata e le perdite di esercizi precedenti suscettibili di riporto): la possibilità della società incorporante di scegliere liberamente le perdite della società incorporata relative agli esercizi pregressi ancora utilizzabili in compensazione (in quanto non eccedenti il valore del patrimonio netto) dopo l'effettuazione del test di vitalità (e ciò al fine di consentire l'utilizzo prioritario delle perdite "più anziane");
- la necessità di escludere dall'applicazione del regime anti-elusivo in esame l'eventuale perdita conseguita dalla società incorporante nella frazione d'esercizio "ante-fusione" e non più esistente alla data di chiusura dell'esercizio (in quanto riassorbita dai risultati positivi conseguiti dalla stessa società nella frazione di periodo "post" fusione. In questo senso, infatti, è stato affermato che questa perdita "solo se continua a perdurare a tale data e nella misura in cui non sia stata riassorbita ... dovrà essere sottoposta alla verifica di congruità richiesta dalla disposizione qui in commento").

Infine, per quanto riguarda la relativa decorrenza, si ricorda che il nuovo regime illustrato:

- è applicabile alle operazioni di fusione deliberate dalle società partecipanti successivamente alla data di entrata in vigore del decreto stesso, ovvero a decorrere dal 4 luglio 2006;
- le eventuali finalità elusive riferibili alle fusioni deliberate anteriormente a questa data potranno comunque essere contestate dall'Amministrazione finanziaria ai sensi dell'articolo 37-bis del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 (articolo 35, comma 18, del D.L. n. 223/2006)<sup>68</sup>.

### Esempio

Si ipotizzi una fusione tra due società con periodo d'imposta coincidente con l'anno solare, deliberata in data 15 agosto 2006 e perfezionata, attraverso l'iscrizione dell'atto di fusione, in data 27 ottobre 2006.



<sup>67</sup> L'Assonime fornisce il seguente esempio: "Se ... una società incorporata nel corso del 2007 presenti perdite, oltre che nella frazione di esercizio antecedente alla data di delibera della fusione, anche nell'esercizio 2002, non è indifferente stabilire se tale frazione del 2007 costituisca o meno autonomo periodo d'imposta. In altri termini, ove si ritenesse che la sottoposizione a verifica anche delle perdite della frazione d'esercizio ante fusione comporti che questa frazione assuma ex lege (a seguito della nuova norma), valenza di periodo d'imposta autonomo, ne conseguirebbe come ulteriore effetto che la società incorporante, a prescindere dall'esito di tale verifica, decadrebbe comunque, nel caso ipotizzato, dal diritto di utilizzare le perdite dell'esercizio 2002 della società incorporata: considerando infatti, la frazione 1° gennaio – 30 giugno 2007 quale autonomo periodo, il 2002 diventerebbe il sesto periodo d'imposta precedente a quello di utilizzo della perdita".

<sup>68</sup> A quest'ultimo riguardo nella circolare 31 maggio 2007 n. 31 l'Assonime ha evidenziato che "suscita, comunque, perplessità il fatto di censurare come potenzialmente elusivi comportamenti che, all'epoca in cui sono stati posti in essere, risultavano leciti alla luce della normativa al tempo vigente. Si corre, in sostanza, il rischio, con questa tecnica legislativa, di valutare la potenziale elusività dei comportamenti dei contribuenti alla luce dell'innovato quadro di riferimento normativo, quando, invece, sarebbe doveroso effettuare tale valutazione tenendo presente lo stato della legislazione al momento del compimento dei singoli atti oggetto di scrutinio da parte dell'Amministrazione".

**A) Prima delle novità introdotte dal D.L. n. 223/2006:** la retrodatazione degli effetti fiscali della fusione non determinava l'obbligo di calcolo del risultato economico relativo al periodo 1° gennaio 2006 – 27 ottobre 2006, posto che gli utili e/o le perdite confluivano nel reddito unitariamente determinato in capo alla società risultante dalla fusione per l'intero periodo d'imposta 1° gennaio 2006 – 31 dicembre 2006.

**B) Dopo le novità introdotte dal D.L. n. 223/2006:** anche in presenza di retrodatazione questo calcolo è obbligatorio.

L'eventuale risultato negativo (perdita fiscale) realizzato da una o più delle società coinvolte nell'operazione confluisce nel reddito complessivo della società risultante dalla fusione solo nella misura in cui risultino rispettati – con riferimento a tale frazioni d'esercizio – i limiti previsti dal comma 7 dell'articolo 172 del TUIR.

### Esempio

Ipotizziamo che una società Alfa incorpori una società Beta con effetto reale dell'operazione al 1° giugno 2007 e retrodatazione ad inizio anno.

Il risultato conseguito nel periodo d'imposta 2007 dalle due società (e le perdite pregresse della società Beta) è il seguente:

	Azienda Alfa	Azienda Beta
1° gennaio – 31 maggio 2007	4.000	- 400
1° giugno – 31 dicembre 2007		- 800
Perdite pregresse		- 400

In questa ipotesi:

- in caso di esito positivo del test di vitalità sulla società Beta:
  - le perdite pregresse conseguite dalla società Beta potranno essere dedotte dalla società Alfa;
  - (conseguentemente) il reddito netto della società Alfa sarà pari a € 2.400 (4.000 – 400 – 800 – 400);
- in caso di esito negativo del test di vitalità sulla società Beta:
  - le perdite pregresse (€ 400) della società Beta non potranno essere utilizzate dalla società Alfa;
  - il risultato negativo conseguito da Beta nel periodo ante-fusione (periodo 1° gennaio - 31 maggio 2007) dovrà essere escluso dal reddito netto della società Alfa che, quindi, sarà pari a € 3.200 (2.800 + 400).

### 3.4.5 Il rapporto tra il comma 7 dell'articolo 172 del TUIR e l'articolo 37-bis del D.P.R. n. 600/73

La norma di comportamento n. 165 dell'Associazione italiana Dottori Commercialisti ha fornito alcuni chiarimenti in merito al rapporto esistente tra la normativa antielusiva contenuta nell'articolo 37-bis del D.P.R. n. 600/1973 e il comma 7 dell'articolo 172 del TUIR.

In particolare, secondo l'Associazione questo rapporto deve ritenersi analogo a quello esistente tra una norma generale ed una norma speciale tale per cui, in virtù del principio di "coerenza normativa", "ove ricorrano le disposizioni di ammissibilità del riporto delle perdite previste dall'articolo 172, comma 7..." non può "... per contro, operare contestualmente un disconoscimento di tale diritto ai sensi dell'articolo 37-bis" e ciò anche in considerazione del fatto che "... aderendo ad una diversa interpretazione, si addiverrebbe alla paradossale conclusione che l'articolo 37-bis potrebbe smentire, sul punto, la più specifica norma antielusiva dettata" dall'articolo 172, comma 7, del TUIR.

Nonostante quanto sopra, la norma di comportamento ha riconosciuto la possibilità di applicare l'articolo 37-bis del D.P.R. n. 600/73 nel caso in cui gli indici di vitalità della società che riporta le perdite e risultanti dall'applicazione del contenuto del comma 7 dell'articolo 172 del TUIR non dovessero essere effettivi ma dovessero costituire il risultato di un comportamento artificioso posto in essere al solo scopo di poter usufruire del riporto delle perdite stesse.

A questo riguardo, infatti, è stato sottolineato che "... la disposizione sul riporto delle perdite ... non può comunque sottrarsi al superiore principio generale che vieta di abusare della legge ... nel caso in cui il diritto al riporto delle perdite fiscalmente rilevanti risulti fondato su un'azione di costruzione artificiosa dei predetti parametri di vitalità, diretta unicamente a legittimare l'esercizio di questo diritto".

### 3.5 Le regole di determinazione del reddito

In virtù di quanto disposto dal comma 8 dell'articolo 172 del TUIR, il lasso temporale compreso tra l'inizio del periodo d'imposta e la data in cui ha effetto la fusione costituisce un autonomo periodo e, conseguentemente:

- il relativo reddito dovrà essere determinato sulla base di un apposito conto economico;
- per questo periodo occorrerà presentare un'autonoma dichiarazione dei redditi (articolo 5 del D.P.R. 22 luglio 1998, n. 322)<sup>69</sup>.

A differenza di quanto sopra, in virtù di quanto previsto dal successivo comma 9, nel caso in cui gli effetti della fusione vengano fatti retroagire ad una data antecedente a quella della stipula dell'atto di fusione:

- non occorrerà presentare una dichiarazione apposita per la frazione d'esercizio della società incorporata compresa tra l'inizio del periodo d'imposta e la data di effetto della fusione;
- la società incorporante dovrà presentare una sola dichiarazione dei redditi, relativa al proprio esercizio e contenente anche tutti gli elementi contabili dell'incorporata ed "ereditati" nel proprio bilancio. In particolare questo effetto potrà verificarsi:
  - a condizione che la retroattività sia espressamente prevista nell'atto di fusione;
  - con riferimento ad una data non anteriore a quella in cui si è chiuso l'ultimo esercizio di ciascuna delle società fuse o incorporate o a quella, se più recente, in cui si è chiuso l'ultimo esercizio della società incorporante.

A quest'ultimo riguardo si ricorda che, nella risoluzione 28 gennaio 2009 n. 22/E, l'Agenzia delle Entrate ha escluso la possibilità di applicare la disposizione contenuta nel sopra citato comma 9 nell'ipotesi di fusione cui partecipano società di diverso tipo (ovvero una S.r.l. – in qualità di incorporante - ed una S.n.c. – in qualità di incorporata) nella considerazione che:

<sup>69</sup> In particolare questo adempimento è previsto anche se la società risultante dalla fusione o l'incorporante è una società di persone mentre la società incorporata o fusa è un soggetto passivo ai fini IRES.

- *“la fattispecie ... si sostanzia ... in un’operazione di fusione fiscalmente ‘eterogenea’ in quanto interessa società fiscalmente di tipo diverso, perché non soggette alla medesima imposta che, implica, dal punto di vista fiscale, una trasformazione – nello specifico c.d. ‘progressiva’ – della società incorporata; ne deriva, pertanto, che dovranno trovare applicazione anche le norme fiscali in materia di trasformazione di società”;*
- *e che, di conseguenza, “la ... S.n.c. ... è tenuta a determinare il reddito compreso tra l’inizio del periodo d’imposta e la data in cui si producono gli effetti giuridici della fusione in base alle risultanze di apposito conto economico e ad adempiere autonomamente ai relativi obblighi dichiarativi”.*

### 3.6 Un caso particolare: la fusione inversa

Nella risoluzione n. 62/E del 24/05/2017, l’Agenzia delle Entrate ha sottolineato che, in caso di fusione inversa (ovvero l’operazione di fusione per incorporazione nella quale la società controllata incorpora la controllante), a livello giuridico formale, il patrimonio netto che si conserva dopo l’operazione è sempre quello della società incorporante. Infatti, l’equiparazione tra fusione inversa e fusione diretta non può coinvolgere la qualificazione delle voci di patrimonio netto della società risultante dalla fusione, poiché esso attiene agli effetti economici complessivi dell’operazione. Da ciò deriva che questo principio “non può portare a far prevalere la stratificazione del patrimonio netto già presente presso la incorporata-controllante, a dispetto del dato giuridico formale che vede la controllata nella posizione di incorporante”. Pertanto, anche nella fusione inversa, la stratificazione delle voci di patrimonio netto presente nella società che sopravvive alla fusione segue l’impostazione giuridica sua propria (si ricorda che, in linea di principio, per stratificazione fiscale del patrimonio netto si intende il mantenimento del regime tributario delle riserve anche quando queste subiscono mutamenti di regime giuridico per effetto delle operazioni sul patrimonio netto).

In particolare l’Agenzia delle Entrate ha esaminato le modalità con cui applicare alla fusione inversa la previsione dell’articolo 172, commi 5 e 6, del TUIR secondo cui, in caso di fusione, le riserve in sospensione d’imposta che sono iscritte nell’ultimo bilancio della società fusa o incorporata 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. Al riguardo è stato ricordato che, in caso di fusione inversa, il sopra citato comma 5 deve essere applicato con riferimento alle riserve in sospensione d’imposta che sono iscritte nell’ultimo bilancio della società incorporata. Nel caso esaminato:

- a) considerato che la società incorporata non aveva iscritto in bilancio alcuna riserva in sospensione d’imposta, in capo alla incorporante non sussisteva alcun obbligo fiscale in tal senso, se non quello di mantenere la stratificazione fiscale del patrimonio netto esistente ante fusione;
- b) alla riserva da “differenza da fusione” (rilevata come incremento del patrimonio netto della società incorporante che residua dopo l’annullamento delle sue azioni) era possibile applicare il disposto del successivo comma 6 secondo cui, all’avanzo da fusione è possibile attribuire la medesima natura tributaria del capitale sociale e delle riserve che compongono il patrimonio netto della società incorporata (pertanto, nel caso esaminato, alla riserva da “differenza da fusione” doveva essere attribuita, proporzionalmente, la natura tributaria del capitale sociale e delle riserve della società incorporata)

Per quanto riguarda, invece, la riserva in sospensione di imposta per rivalutazione dei beni di impresa (ex legge 266/2005) presente nel patrimonio netto della società incorporante prima della fusione, è stato ricordato che alla predetta rivalutazione devono applicarsi, in quanto compatibili, le disposizioni relative alla rivalutazione dei beni delle imprese (articoli da 10 a 16, legge 342/2000 –anche circolare n. 18/E del 13 giugno 2006). Peraltro, nel caso in cui, a seguito della fusione inversa, la società incorporante mantenesse contabilmente questa riserva, non si determina alcun presupposto impositivo per la tassazione della stessa.

### 3.7 Le imposte indirette

#### A) Imposta sul valore aggiunto

L'operazione di fusione, è irrilevante ai fini Iva in quanto, ai sensi dell'articolo 2, comma 3, lettera f), del D.P.R. n. 633/1972, il passaggio dei beni alla società risultante dalla fusione o incorporante non è considerato cessione.

Sul tema, è necessario precisare che, in caso di fusione, la società incorporante o risultante dalla fusione subentra in tutti i rapporti che facevano capo alle società incorporate (o fuse) e deve adempiere ad una serie di obblighi quali, ad esempio:

- la presentazione della dichiarazione di inizio attività (in ipotesi di fusione propria) o di variazione dati (nell'ipotesi di fusione per intercorporazione);
- l'effettuazione delle liquidazioni periodiche;
- l'effettuazione dei versamenti;
- presentazione della comunicazione dati Iva e della dichiarazione annuale.

Si ricorda che, secondo l'orientamento che è stato espresso dall'Agenzia delle Entrate nella **risoluzione 29 luglio 2011 n. 78**, nei casi di incorporazione di una società esterna alla procedura di liquidazione IVA di gruppo da parte di una società che, invece, vi partecipa, il credito IVA maturato dall'incorporata nel corso dell'anno in cui è avvenuta l'incorporazione non può mai confluire nell'IVA di gruppo. In questo senso, infatti, secondo l'Agenzia delle Entrate, proprio il principio generale secondo cui l'incorporante subentra a titolo universale in tutti i diritti ed obblighi dell'incorporata, determina quale conseguenza:

- l'impossibilità di trasmettere al gruppo stesso dell'eccedenza del credito IVA ante-fusione in considerazione della mancata partecipazione dell'incorporata al gruppo IVA sin dall'inizio dell'anno;
- la possibilità di trasmettere al gruppo soltanto il debito o il credito derivante dalle operazioni compiute dall'incorporata nel mese o trimestre in corso alla data da cui ha effetto l'incorporazione.

In senso sostanzialmente analogo, anche in occasione della precedente risoluzione 22 settembre 2010 n. 92, l'Agenzia delle Entrate aveva già affermato l'intrasmissibilità al gruppo del credito IVA relativo all'anno precedente dell'incorporata sin lì estranea al regime della liquidazione IVA di gruppo (ex articolo 73, comma 3, D.P.R. n. 633/72).

#### B) Imposta di registro

Le operazioni di fusione sono soggette all'imposta di registro in misura fissa, pari a 200,00 euro ai sensi dell'articolo 4, della Tariffa, Parte I, allegata al D.P.R. 26 aprile 1986 n. 131 (Testo Unico dell'imposta di registro).

Nella sentenza 27 febbraio 2009 n. 4763, la Corte di Cassazione ha riconosciuto l'impossibilità di operare la registrazione dell'atto di fusione con applicazione dell'imposta in misura fissa (con conseguente applicazione dell'imposta con aliquota proporzionale pari al 3%) nell'ipotesi di un'operazione di fusione effettuata tra soggetti giuridici non aventi quale oggetto esclusivo o principale della propria attività, lo svolgimento di attività commerciali o agricole.

In precedenza, con riferimento ad un'operazione di fusione inversa, nella sentenza 30 ottobre 2006 n. n. 23356, la Corte di Cassazione aveva riconosciuto che *"nel caso di fusione inversa ... la direttiva del Consiglio 17 luglio 1969, n. 69/335 osta alla riscossione dell'imposta proporzionale di registro, in quanto simile operazione rientra sia nell'ambito di applicazione dell'articolo 4, n. 2, lettera b), di tale direttiva (perché produce l'effetto di aumentare il capitale sociale dell'incorporante e costituisce "prestazione effettuata da un socio"), sia nell'ambito di applicazione dell'articolo 7, n. 1, perché il conferimento dell'intero patrimonio dell'incorporata alla già esistente incorporante viene remunerato esclusivamente mediante attribuzione di azioni dell'incorporante"*.

#### C) Imposta catastale

L'imposta catastale, ai sensi dell'articolo 10, comma 2, del Decreto Legislativo 31 ottobre 1990, n. 347, è dovuta in misura fissa pari a € 168,00 con riferimento alle volture eseguite in dipendenza di fusioni di società di qualunque tipo.



#### D) Imposta ipotecaria

Ai fini dell'imposta ipotecaria, l'articolo 4 della Tariffa allegata al Decreto Legislativo 31 ottobre 1990 n. 347 prevede l'applicazione dell'imposta in misura fissa pari a euro 200,00; per la trascrizione di atti di fusione di società di qualunque tipo.

## 3.8 I comportamenti antielusivi: la nuova nozione di “abuso del diritto”

### 3.8.1 La normativa di riferimento

Com'è noto l'articolo 37-bis del DPR n. 600/73 (così come inserito dal D.Lgs. n. 358/1997) ha costituito per diversi decenni la normativa di riferimento per l'individuazione delle operazioni considerate di natura “elusiva”, tra le quali erano state espressamente ricomprese anche le operazioni di fusione.

In questo contesto, in applicazione di quanto previsto dall'articolo 5 della legge 11 marzo 2014, n. 23 (legge delega), il recente D.Lgs. 5 agosto 2015 n. 128 **ha eliminato** l'articolo 37-bis del DPR n. 600/73 e inserito la nuova nozione di “abuso del diritto” in corrispondenza del nuovo articolo 10-bis della Legge 27 luglio 2000 n. 212 (c.d. “Statuto del contribuente”). Secondo la nuova disposizione in esame, “*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*”.

L'inclusione della disciplina dell'abuso nell'ambito dello “Statuto dei diritti del contribuente” testimonia e rende evidente la portata di carattere generale del nuovo testo normativo, che risulta applicabile nei confronti di **tutti i tributi** (rimanendo al di fuori del campo di applicazione dello Statuto soltanto la materia doganale).

In virtù di questa disposizione, ad oggi, devono quindi considerarsi come poste in essere “in abuso del diritto” le operazioni che, contemporaneamente:

- 1) sono prive di sostanza economica (ovvero se sono inidonee a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali);
- 2) realizzano vantaggi fiscali indebiti (ossia vantaggi anche non immediati che sono in contrasto con la *ratio legis* o con i principi dell'ordinamento) che costituiscono l'oggetto sostanziale dell'operazione (in sostanza i vantaggi fiscali indebiti devono essere fondamentali rispetto a tutti gli altri ottenuti dal contribuente. Ad esempio è un comportamento in evasione d'imposta quello che si concretizza nell'occultamento di ricavi, proventi, quando si deducono spese non inerenti, o in caso di alterazione dei fatti economici. In relazione ai presupposti dell'abuso del diritto ed ai requisiti delle operazioni elusive si veda anche lo studio n. 151-2015/T del Consiglio Nazionale del notariato).

Viceversa, non possono essere considerate in “abuso di diritto” le operazioni che sono giustificate da valide ragioni extrafiscali non marginali, anche di ordine organizzativo o gestionale (in tal senso si veda anche la sentenza Corte di Cassazione n. 439 del 15.01.2015 Per la differenza esistente tra l'abuso del diritto e la simulazione si veda anche la sentenza della Corte di Cassazione n. 48293 del 16 novembre 2016).

Saranno considerate tali le operazioni che rispondono ad esigenze di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa o dell'attività professionale del contribuente). In questo contesto è, quindi, legittimamente possibile perseguire un risparmio d'imposta scegliendo, tra le varie opzioni offerte dall'ordinamento, quella meno onerosa sotto il profilo dell'imposizione fiscale (a titolo esemplificativo nella relazione illustrativa è



stato chiarito che, al fine di estinguere una società, è legittimamente possibile procedere ad un'operazione di fusione invece che ad una liquidazione, senza che ciò configuri un comportamento posto in essere in "abuso del diritto", e ciò in quanto le due operazioni, ancorché siano soggette a regimi fiscali diversi, sono messe sullo stesso piano. Infatti, al riguardo è stato precisato che *"è vero che la prima operazione e a carattere neutrale e la seconda ha, invece, natura realizzativa, ma nessuna disposizione tributaria mostra "preferenza" per l'una o l'altra operazione; sono due operazioni messe sullo stesso piano, ancorché disciplinate da regole fiscali diverse"*).

Ricordiamo che l'onere probatorio dell'effettiva sussistenza di fattispecie abusive / elusive è a carico dell'Amministrazione finanziaria (Cass. 20.05.2016 n 10458. In precedenza sull'argomento si veda anche: Cass. civ., 07.10.2015 n. 40272).

A titolo esemplificativo, in risposta ad una specifica istanza di interpello, con provvedimento n. 954-964/2016 del 12 settembre 2016, l'Agenzia delle Entrate ha escluso la sussistenza di un intento elusivo nell'ipotesi di fusione infragruppo in grado di determinare la sussistenza di una maggior quota di reddito agevolabile ai fini del Patent Box per effetto del ricalcolo del nexus ratio. In particolare al riguardo è stato affermato che *".. la circostanza di aver conseguito un vantaggio fiscale, per effetto del miglioramento del nexus ratio .. non contrasta con la ratio del regime del Patent Box in quanto è il risultato fisiologico dell'operazione straordinaria che il legislatore ha previsto per essa ..."*.

Il D.Lgs. n. 128/2015 (commi 6,7,8) ha altresì ribadito l'obbligo del contraddittorio preventivo per le contestazioni legate alla presunta tenuta di un comportamento elusivo da parte del contribuente. Pertanto, prima di notificare l'avviso di accertamento, l'Ufficio è tenuto a notificare al contribuente, a pena di nullità, una richiesta di chiarimenti, dando 60 giorni di tempo per fornirli. Nel caso in cui i chiarimenti non dovessero essere formulati o non ritenuti "convincenti", l'Ufficio procederà con l'emanazione di un atto impositivo che dovrà contenere, sempre a pena di nullità, motivazioni analitiche in relazione alla condotta abusiva tenuta dal contribuente, alle norme o ai principi elusi, ai vantaggi fiscali realizzati, nonché ai chiarimenti forniti dal contribuente.

Nel comma 9 viene ripartito l'onere probatorio tra l'Amministrazione Finanziaria e il contribuente. La prima, per poter effettuare la contestazione, deve dimostrare la sussistenza della condotta abusiva, provando l'assenza di sostanza economica, facendo ricorso agli indicatori fissati dalla norma e la prevalenza del beneficio fiscale indebito. Il contribuente, per contrastare la tesi dell'Ufficio, dovrà invece dimostrare l'esistenza di ragioni extrafiscali non marginali che hanno determinato la scelta di porre in essere l'operazione con quella determinata strutturazione.

Si ricorda, altresì, che la nuova disciplina ha espressamente previsto l'irrilevanza penale delle violazioni poste in essere in abuso del diritto, e ciò anche in presenza del superamento delle soglie di punibilità previste dal legislatore. Pertanto, in applicazione del principio del c.d. "favor rei", queste tipologie di violazioni non potranno più essere perseguite penalmente, anche se commesse in passato. In queste ipotesi, quindi, ove fosse già stato intrapreso un procedimento penale, occorrerà rappresentare che il fatto non è più previsto dalla legge come reato (a conferma si veda: Corte di Cassazione, sentenza 7.10.2015 n. 40272)

Infine, a livello temporale, si ricorda che la nuova disciplina dell'abuso del diritto è applicabile a partire dal 1 ottobre 2015 ed alle operazioni poste in essere in data anteriore per le quali non sia ancora stato notificato il relativo atto impositivo.

### 3.8.2 L'elusione nelle operazioni di fusione

Per effetto di quanto visto al precedente paragrafo, ad oggi, affinché si possa configurare un'ipotesi di operazione di fusione posta in essere in "abuso di diritto", è necessario che:

- 1) l'operazione effettuata non deve avere sostanza economica (in linea con la formulazione europea, secondo la quale "una costruzione o una serie di costruzioni è artificiosa se manca di sostanza commerciale");
- 2) l'operazione deve essere in grado di realizzare un vantaggio fiscale indebito, inteso come vantaggi, "anche non immediati, realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario";
- 3) il vantaggio fiscale ottenuto deve essere stato lo scopo essenziale della condotta (dunque, dell'operazione) assunta.

In particolare, il comma 4 dell'articolo 10-bis della Legge n. 212/2000 prevede che resta "ferma la libertà di scelta del contribuente tra regimi opzionali diversi offerti dalla legge e tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale".

A commento di questa previsione, la relazione governativa al D.Lgs. n. 128/2015 ha sottolineato che "non è possibile configurare una condotta abusiva laddove il contribuente scelga, per dare luogo all'estinzione della società, di procedere alla fusione anziché alla liquidazione. È vero che la prima operazione è a carattere neutrale e la seconda ha, invece, natura realizzativa, ma nessuna disposizione tributaria mostra "preferenza" per l'una o l'altra operazione; sono due operazioni messe sullo stesso piano, ancorché disciplinate da regole fiscali diverse".

Nelle sentenze n. 13117/17-19 e 13118/17-19 del 29/05/2017, la CTP Roma ha esaminato la sussistenza di un'ipotesi di abuso del diritto relativamente ad un'operazione di riorganizzazione così strutturata:

una società "X" (del gruppo "X") ha acquistato dalla società "Y" (del gruppo "Y") le partecipazioni nelle società "A" e "B" che detengono alcune centrali elettriche (le società "A" e "B" svolgono esclusivamente l'attività di produzione di energia elettrica, con conseguente assoggettamento alla maggiorazione IRES - RHT).

nel 2009 la società "B" viene scissa parzialmente in altre due società "C" e "D" (ognuna delle quali detiene una centrale. Per effetto della scissione le società che pagano RHT diventano quindi 4 ovvero: le società "A", "B" e le due beneficiarie neocostituite dalla scissione "C" e "D");

nel 2010 viene effettuata la prima fusione e la società "A" è incorporata in "X". Per effetto di questa operazione, la società X non paga RHT (ciò in quanto la società X ha ricavi da servizi prevalenti rispetto a quelli di vendita di energia elettrica);

nel 2011 viene effettuata la seconda fusione e le società "B", "C" e "D" sono incorporate in "X" (per effetto della fusione, la società X, avendo ricavi prevalenti da servizi, non paga RHT).

In questo contesto, il Collegio giudicante ha escluso la sussistenza di un intento elusivo, considerato che:

l'operazione nel suo complesso non è circolare (infatti, nell'anno 2008 la società X era titolare di due partecipazioni mentre, a seguito delle fusioni poste in essere nel 2010 e nel 2011, la stessa risultava essere direttamente titolare dei complessi aziendali);

nella corrispondenza rinvenuta in sede di verifica non è stata individuata l'esistenza di un disegno elusivo esclusivamente finalizzato all'aggiramento della Robin Hood Tax, ma l'indicazione di valide ragioni extra fiscali (es. semplificazione della struttura di gruppo post fusione e un significativo risparmio di costi amministrativi legati al collegio sindacale, la revisione contabile, i sistemi operativi);

a seguito della fusione, la società X ha potuto vendere alcuni rami d'azienda relativi alle centrali, conseguendo delle plusvalenze tassabili ai fini IRES in misura pari al 27,50% del relativo ammontare (in

assenza della fusione, la società avrebbe potuto cedere la partecipazione posseduta tassando solo l,375% (ella relativa plusvalenza)

Di seguito, per completezza di analisi, si ritiene utile riepilogare, in forma tabellare, alcune delle principali interpretazioni che, in passato, sono state fornite dal Comitato per l'applicazione delle disposizioni anti-elusive (ex articolo 21 della legge 30 dicembre 1991, n. 413) in relazione agli eventuali aspetti elusivi riferibili all'operazione di fusione con riferimento al previgente articolo 37-bis del D.P.R. n. 600/73. Infatti, nonostante questa disposizione sia stata ormai abrogata, alcuni dei principi che sono stati espressi in passato possono comunque essere utili per verificare, almeno in prima battuta, l'assenza di comportamenti elusivi.

<b>La fattispecie</b>	<b>Il chiarimento</b>	<b>Riferimento</b>
Fusione per incorporazione senza rilevazione di alcuna differenza (positiva o negativa) di fusione da imputare agli elementi patrimoniali della società incorporata e senza alcun concambio di quote	<i>"Non sussistono i presupposti per il disconoscimento degli effetti fiscali dell'operazione rappresentata, sempre che la stessa non sia inserita in un più ampio contesto..."</i>	Parere n. 7, 22/05/1998
Processo di ristrutturazione caratterizzato dalle seguenti operazioni:  - costituzione di una nuova società (Z) senza l'apporto di nuovo capitale (in quanto i soci della società sono gli stessi che partecipano al capitale della società X);  - fusione per incorporazione della società X nella società Z	Il processo in esame " non è suffragato da valide ragioni economiche" dato che "la nuova società Z avrebbe ... solo il compito di rigenerare il patrimonio della società C che non può beneficiare della Dual Income Tax "	Parere 02/07/1998 n. 17
Fusione per incorporazione con rilevazione di un disavanzo da annullamento da imputare agli elementi patrimoniali della società incorporata e con cambio di quote	<i>" L'operazione di fusione per incorporazione non può considerarsi elusiva allorquando sussistano le valide ragioni economiche che ne giustificano la realizzazione, rappresentate, nella fattispecie, dalla integrazione verticale delle fasi successive dello stesso processo produttivo e dal raggiungimento di rilevanti vantaggi in termini di economie di scala con conseguente risparmio di costi ed aumento della produttività, atteso che il risparmio d'imposta realizzato non è in contrasto con la normativa fiscale e civilistica "</i>	Parere n. 5, 04/02/1999
Riorganizzazione societaria attuata tramite fusione per incorporazione in regime di neutralità e avente l'obiettivo di separare per quanto possibile la proprietà immobiliare dai rischi di impresa e di ridurre i costi di gestione in società che esercitano attività complementari e similari	Non è elusiva e risponde ad apprezzabili ragioni economiche	Parere n. 3, 03/04/2002

<p>Costituzione di una nuova società mediante la fusione di due società preesistenti.</p> <p>Pregressa reiterazione di risultati reddituali positivi da parte delle due società che si fondono ed assenza di perdite fiscali.</p> <p>Prosecuzione da parte della nuova società dell'attività d'impresa già svolta dalle preesistenti con unificazione del ramo immobiliare e di quello operativo</p>	<p><i>" Un'operazione di fusione societaria con costituzione di una nuova società, che recepisca in neutralità fiscale tutti gli elementi attivi e passivi dei patrimoni delle due società preesistenti e prosegua l'attività imprenditoriale già svolta da queste, in assenza di perdite fiscali nelle due società che si fondono ed anzi in costanza di risultati reddituali positivi da parte di esse, se non risulta preordinata al trasferimento a terzi delle partecipazioni sociali o al compimento di altri atti o negozi che possano concretizzare, complessivamente, un disegno elusivo, appare sorretta da valide ragioni economiche e non rivolta all'aggiramento di norme tributarie, giacché consente un rafforzamento economico-finanziario del soggetto imprenditoriale societario, principalmente attraverso la riduzione dei costi e la congiunzione in unica società del ramo immobiliare con quello commerciale-operativo "</i></p>	<p>Parere n. 24, 12/11/2004</p>
<p>Fusione con società in perdita</p>	<p><i>"Un'operazione di fusione, da cui non consegue una reale ottimizzazione dell'iniziativa imprenditoriale nel suo complesso, ma posta in essere, di fatto, allo scopo di usufruire delle perdite fiscali pregresse dell'incorporante- la cui attività consiste essenzialmente nella gestione di partecipazioni sociali, tra cui quelle della incorporata- presenta aspetti di elusività, in quanto priva di valide ragioni economiche e diretta a conseguire un vantaggio fiscale (l'utilizzo delle menzionate passività per abbattere la base imponibile della nuova compagine), da ritenersi indebito, poiché realizzato attraverso l'aggiramento dell'obbligo, previsto dall'ordinamento tributario, di assoggettare a tassazione i redditi d'impresa prodotti "</i></p>	<p>Parere n. 2, 25/01/2005</p>
<p>Fusione e successiva scissione parziale non proporzionale</p>	<p><i>"E' elusiva un'operazione di fusione e la successiva scissione parziale non proporzionale che risulti in concreto finalizzata esclusivamente all'assegnazione di beni ai soci. Una siffatta operazione, infatti, è priva di valide ragioni economiche e diretta a conseguire uno o più vantaggi tributari (rinvenibili nel mancato assoggettamento a tassazione del valore normale dei beni assegnati ai soci) da considerare indebiti, poiché realizzati</i></p>	<p>Parere n. 18, 13/07/2005</p>

	<i>attraverso l'aggiramento di obblighi previsti dall'ordinamento"</i>	
Fusione inversa	<i>"Un'operazione di fusione, con contestuale estinzione dell'incorporata, società di persone in possesso di una quota del capitale sociale dell'incorporante (partecipate entrambe dai medesimi soci persone fisiche), presenta profili di elusività se non supportata da valide ragioni economiche (in quanto le finalità di semplificare il rapporto di controllo della società di capitali ed eliminare i costi di gestione relativi a quella di persone potrebbero essere perseguite in maniera più lineare procedendo alla liquidazione di quest'ultima), ma in concreto diretta a conseguire un indebito risparmio d'imposta (rinveniente nel mancato assoggettamento a tassazione dell'assegnazione delle partecipazioni dell'incorporata ai soci della stessa) attraverso l'aggiramento di obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario"</i>	Parere n. 27, 21/09/2005 (*)
Fusione per incorporazione seguita dalla scissione parziale proporzionale del patrimonio dell'incorporata	Deve considerarsi elusiva, in quanto artificiosa e volta unicamente ad aggirare la disciplina legale in tema di compensazione intersoggettiva delle perdite, una ristrutturazione seguita dalla successiva scissione parziale del patrimonio nella incorporata	Parere n. 34, 18.12.2006
Trasformazione dell'ente in società di capitali - Successiva fusione per incorporazione in una S.r.l. interamente partecipata dall'ente	Un'operazione con la quale viene sostituita, alla conclusione di una procedura di liquidazione di un ente, già pendente, una procedura di trasformazione dell'ente stesso in società di capitali con susseguente fusione per incorporazione, in quest'ultima, di una società immobiliare interamente partecipata dall'ente, deve considerarsi elusiva in quanto diretta ad aggirare il regime di imponibilità naturale conseguente all'assegnazione dei beni ai soci e alla liquidazione della società stessa e a differire sine die la tassazione delle plusvalenze - e priva di valide ragioni economiche, non potendo essere considerate tali i timori di sopravvenienze passive per lite con taluni soci fondatori dell'ente	Parere n. 27, 09.05.2007
Fusione per incorporazione	Un'operazione di fusione per incorporazione, caratterizzata da una lacunosa e imprecisa rappresentazione	Parere n. 19, 09.05.2007

	<p>della situazione giuridica-economica in essere, di quella che si intenderebbe realizzare, nonché dei fatti, atti e negozi giuridici dei quali l'operazione oggetto di interpello dovrebbe essere costituita, delle finalità perseguite e dei riflessi di ordine tributario, è inammissibile per difformità rispetto a quanto prescritto dall'art. 5, c. 2, del regolamento adottato con il D.l. 13 giugno 1997 n. 194</p>	
--	--	--

(\*) In senso opposto alle conclusioni affermate dal Parere del Comitato Consultivo si veda la nota dell' Assonime 30/11/2005

### **3.9 Riporto delle perdite fiscali nelle fusioni con indebitamento (c.d. “operazioni di leveraged buy out”)**

Come visto ai precedenti paragrafi, la riportabilità delle perdite fiscali e la deducibilità degli interessi passivi delle società che partecipano all'operazione di fusione sono subordinati al rispetto di specifiche disposizioni normative previste dall'articolo 172, comma 7, del TUIR. In considerazione di quanto sopra, le operazioni di c.d. “leveraged buy out” attuate attraverso l'operazione di fusione per incorporazione (c.d. merger leveraged buy out disciplinato dall'articolo 2501-bis del Codice Civile) comportano, almeno potenzialmente, l'impossibilità della società veicolo di riportare le perdite fiscali e di dedurre gli interessi passivi relativi ai rapporti di finanziamento derivanti dall'operazione in esame e ciò in quanto, non avendo ricavi propri e costi del personale ed essendo stata costituita esclusivamente per effettuare l'operazione in esame, la società veicolo non è mai in grado di soddisfare:

- i requisiti che sono stabiliti dall'articolo 96 del TUIR ai fini del riconoscimento della deducibilità fiscale degli interessi passivi (in assenza di un ROL sufficientemente capiente);
- gli indici di vitalità economica che sono richiesti dall'articolo 172, comma 6, del TUIR ai fini della riportabilità delle perdite fiscali.

Con riferimento a quanto sopra può essere opportuno ricordare che, il leveraged buy out rappresenta una tecnica finanziaria mediante la quale una società di capitali acquisisce la partecipazione totalitaria o di controllo di un'altra società di capitali (buy out), ricorrendo prevalentemente a finanziamenti di terzi (leveraged) garantiti dal patrimonio della società acquisita e successivamente rimborsati mediante i flussi di cassa generati dalla stessa.

In questo contesto, al fine di evitare gli effetti pregiudizievoli sopra illustrati, la società veicolo è comunque legittimata a richiedere all'Amministrazione alla Direzione Regionale competente in base al relativo domicilio fiscale la disapplicazione della normativa antielusiva contenuta nell'articolo 172, comma 7, del TUIR mediante la presentazione di un'istanza di interpello in conformità a quanto previsto dall'articolo 11 della Legge n. 212/2000.

In particolare, in questa sede, la riportabilità delle perdite fiscali e la deducibilità fiscale degli interessi passivi sostenuti potrà essere sostenuta in considerazione:

- 1) della piena liceità civilistica dell'operazione di LBO (così è stato espressamente riconosciuto sul piano civilistico dall'articolo 2501-bis del Codice Civile);
- 2) della fisiologicità dei versamenti effettuati negli ultimi 24 mesi antecedenti all'operazione di fusione e dell'indebitamento contratto dalla società veicolo;
- 3) delle valide ragioni economiche sottostanti all'operazione di LBO posta in essere;

In occasione della recente circolare 30 marzo 2016 n. 6/E, l’Agenzia delle Entrate, dopo avere preso atto della liceità (sul piano civilistico) delle operazioni di “*leveraged by out*”, ha finalmente riconosciuto (sul piano fiscale) la deducibilità degli interessi passivi derivanti dall’operazione in esame (nei limiti di quanto previsto dall’articolo 96 del TUIR e dalle regole relative al *transfer pricing*, ove applicabili) in relazione ai prestiti che sono contratti dalla società “*Special Purpose Veicole*” per l’acquisto delle partecipazioni della società target (per completezza ricordiamo che nella circolare n. 17/2016, l’Assonime ha analizzato il trattamento fiscale delle operazioni di MLBO o LBO alla luce dell’interpretazione ministeriale, affrontando il caso delle acquisizioni strutturate con una “doppia holding” in cui la società veicolo – holding di primo livello - viene finanziata interamente con apporti e, successivamente alla sua incorporazione nella target, quest’ultima si indebita per restituire le riserve di sovrapprezzo e, quindi, parte dell’equity alla società veicolo di livello superiore. Secondo l’Assonime, gli interessi sono legittimamente deducibili anche per questa tipologia di operazione ).

Stante quanto sopra, le contestazioni legate alla presunta elusività dell’operazione di *leverage buy out* (ai sensi del previgente articolo 37-bis del DPR n. 600/73 ovvero, allo stato attuale, dell’articolo 10-bis della Legge n. 212/2000) dovranno essere riconsiderate dagli Uffici dell’Agenzia delle Entrate ed eventualmente abbandonate, fatto salvo il caso in cui dovessero essere riscontrati altri specifici profili di artificiosità dell’operazione in esame (come, ad esempio, potrebbe verificarsi nel caso in cui l’operazione di LBO dovesse essere stata effettuata con il concorso dei medesimi soggetti che, direttamente o indirettamente, controllano la società target)

In buona sostanza, quindi, una volta stabilita la liceità della scelta dell’operazione di fusione (inversa) e la sua conformità alle normali logiche di mercato, sarà ora più facile sostenere l’esistenza di valide ragioni economiche del ricorso a questo tipo di operazione. A quest’ultimo riguardo può essere opportuno ricordare che:

- 1) l’operazione di LBO presenta un’operazione “tipica” nelle acquisizioni (questa considerazione è particolarmente importante perché il comma due dell’articolo 10 bis introduce come parametro per valutare l’assenza di sostanza economica la non conformità dell’utilizzo degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato);
- 2) la “fusione inversa” consente di evitare le tipiche problematiche amministrative che tipicamente si possono verificare in caso di trasferimento nominale dell’azienda (anche in questo caso esisterebbero strade alternative, che consisterebbero nella messa in liquidazione della società che detiene gli asset e nella conseguente assegnazione dei beni alla società partecipante, oppure nella liquidazione della società veicolo con assegnazione ai suoi soci della partecipazione; si tratterebbe però di operazioni di tipo realizzativo. È di tutta evidenza che anche a quest’operazione non può che applicarsi il disposto del comma quattro dell’articolo 10 bis, e che quindi debba essere considerata perfettamente legittima la scelta dei contribuenti che decidono di avvalersi dell’operazione di fusione anziché di quella di assegnazione dei beni);

Di seguito riportiamo alcuni orientamenti attraverso i quali l’Amministrazione finanziaria e la prassi giurisprudenziale hanno riconosciuto l’inapplicabilità delle limitazioni previste per il riporto delle perdite fiscali e per la deducibilità degli interessi passivi alle operazioni di fusione con indebitamento disciplinate dall’articolo 2501-bis del Codice Civile (viceversa, in senso favorevole alla natura elusiva dell’operazione in esame, si segnala la sentenza della Corte di Cassazione 30 ottobre 2013 n. 24434).

FONTE	RIFERIMENTO	MASSIMA
Direzione Regionale dell’Emilia Romagna	Interpello protocollo n. 2013/38605	“Nel caso di specie non si possono verificare quegli effetti che la norma antielusiva intende contrastare perché gli interessi passivi indeducibili (e le minime perdite fiscali pregresse) di cui si chiedere il riporto sono esclusivamente afferenti ai finanziamenti ottenuti per porre in essere l’operazione di <i>merger leveraged by out</i> . Nell’ambito di tale operazione, inoltre, la fusione inversa descritta nell’istanza rappresenta il logico epilogo dell’operazione stessa, necessaria anche a garantire il rientro, per gli istituti creditor, dell’esposizione debitoria, A ciò si deve



		aggiungere che l'operazione descritta, dalla quale sono derivati gli interessi passivi indeducibili, oggetto della richiesta di riporto, presenta i requisiti di ragionevolezza previsti dall'articolo 2501-bis del C.C. ed attestati secondo quanto previsto dal medesimo articolo 2501-bis".
Direzione Regionale del Veneto	Interpello protocollo n. 907-14923/2009	<p>L'Amministrazione finanziaria ha escluso l'elusività dell'operazione di LBO nella considerazione che:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- "di per sé l'inattività della società non consente di qualificare il soggetto formalmente alla stregua di una bara fiscale a condizione che non si rilievi, negli atti concreti, un sostanziale depotenziamento della medesima";</li> <li>- "con riferimento ai versamenti operati negli ultimi 24 mesi antecedenti l'operazione di fusione ... si osserva che i medesimi appaiono effettuati con l'intento di dotare la società delle risorse finanziarie utili a porre in essere l'acquisto di .... S.p.a. che ha determinato, di conseguenza, il pieno controllo di .... S.p.a.. Si rileva sul punto che tali versamenti appaiono esclusivamente utilizzati per finanziare l'investimento e risultano essere notevolmente superiori alla perdita che si intende riportare con l'operazione di fusione. Pertanto, si ritiene non applicabile al caso di specie la parte della disposizione di cui all'art. 172, comma 7, del TUIR che nettilizza il patrimonio netto di riferimento dei versamenti e dei conferimenti effettuati negli ultimi ventiquattro mesi";</li> <li>- "le ragioni che hanno condotto il Fondo ad acquistare una società veicolo anziché costituirlo ex novo sono state dettate da motivi di convenienza in termini di tempo e di costi nonché di adempimenti societari e fiscali connessi alla nascita di un nuovo soggetto giuridico. L'acquisizione de qua non è stata dettata da ragioni esclusivamente fiscali dal momento che, come già evidenziato in precedenza, fino al momento della fusione, avvenuta nel 2007, la .....S.p.a. aveva maturato perdite risibili inferiori al patrimonio netto";</li> <li>- "considerato che l'operazione di LBO, come normalmente avviene, è stata in parte finanziata con l'accesso al capitale di credito, è stato lo stesso istituto finanziatore ad imporre nel contratto di finanziamento la previsione di fusione tra la società veicolo e la società target. Peraltro, nel contratto di finanziamento, allegato all'istanza emerge che la banca finanziatrice ha imposto un termine massimo di 12 mesi per procedere alla riorganizzazione del gruppo, ciò al fine di rafforzare la sicurezza del rimborso del debito mediante l'unificazione dei soggetti finanziati ... e dei soggetti i cui flussi rappresentavano garanzia del rimborso del debito...".</li> </ul>
Direzione Regionale delle Marche	Interpello protocollo n. 910-15262/2008	<p>"Le particolari modalità di realizzazione dell'operazione di leveraged buy out, per di più attuata nel caso in esame in un arco di tempo particolarmente ristretto, collidono naturalmente con i limiti posti dalla norma antielusiva dell'articolo 172, comma 7, del TUIR, per la riportabilità delle perdite pregresse maturate ante fusione, privando sostanzialmente di significatività il mancato rispetto dei requisiti richiesti. E' evidente, infatti, che l'oggettiva impossibilità di effettuare il cosiddetto activity test per assenza di un periodo pregresso di confronto e il consistente indebitamento gravante sulla newco con successiva esposizione nel suo bilancio ante fusione di rilevanti perdite siano effetti tipici dell'operazione di leverage ed in quanto tali non indicativi di per sé di eventuali finalità elusive dell'operazione. Nella fattispecie in valutazione la sussistenza di eventuali finalità elusive va pertanto valutata sulla scorta delle ragioni economiche sottostanti l'operazione di leverage. Ove essa, così come dichiarato dalla interpellante, rientri in una strategia imprenditoriale di ristrutturazione aziendale o di avvio di una nuova impresa da attuare mediante l'acquisizione di una impresa già avviata nel settore produttivo di interesse, non si ritiene sussistano motivi per</p>



		negare la disapplicazione richiesta, dovendo considerare il mancato rispetto dei limiti previsti dall'articolo 172, comma 7, del TUIR come conseguenza inevitabile delle modalità operative tipiche del leveraged buy out".
Direzione Regionale della Lombardia	Interpello protocollo n. 904-35579/2009	"Con riferimento ad un'operazione di leveraged buy out, la possibilità di utilizzare successivamente alla fusione le perdite fiscali della società veicolo conseguenti all'indebitamento contratto per acquisire la società target, può essere concessa solo a seguito dell'ulteriore dimostrazione che nel caso concreto l'operazione non è stata posta in essere allo scopo di abbattere il reddito imponibile della società operativa con gli interessi passivi dei predetti finanziamenti".
Direzione Regionale delle Entrate del Lazio	Interpello protocollo 2007/60974	La DRE ha riconosciuto l'esistenza di valide ragioni economiche nell'operazione di fusione con LBO effettuata, nella considerazione che "nel caso oggetto del presente interpello ... acquisita la partecipazione totalitaria in ... il quale garantisce la relativa operazione di finanziamento. Tuttavia, dalla documentazione allegata sembra di poter ritenere che <b>tutti gli adempimenti richiesti dal 2501-bis siano stati soddisfatti, con il che l'operazione di leva finanziaria risulta civilisticamente legittima.</b> Peraltro, sotto il profilo delle valide ragioni economiche che giustificano la fusione in argomento, si osserva che dalla relazione degli amministratori, redatta ai sensi degli articoli 2501-bis, comma 3, e 2501-quinques, del codice civile, ed in particolare, dal paragrafo 'le ragioni che giustificano l'operazione' della predetta relazione, si rileva che: 1)..... è un veicolo societario utilizzato per acquisire ..... e che questa strategia è stata preferita a quella dell'acquisizione diretta da parte dei soci di ..... In quanto (i) la creazione di un veicolo societario ha potuto semplificare la struttura giuridica dell'operazione, consentendo ai soci di ..... di presentarsi alla società venditrice come unico soggetto; (ii) la creazione di un veicolo societario si è resa necessaria per ottenere i finanziamenti bancari (65,2 milioni) che, unitamente all'apporto di capitale di rischio dei soci (30 milioni), hanno reso possibile l'acquisizione; (iii) perfezionata l'acquisizione di ..... l'esistenza delle due società ..... e ..... appare solo come un'inefficiente duplicazione, idonea a generare inutili costi correlati alla duplicazione degli organi sociali; alla necessità di redigere due bilanci ed eventualmente un bilancio consolidato; ai maggiori costi amministrativi; 2) la banca popolare ..... ha consentito l'operazione concedendo ... un finanziamento – ponte di euro 65 milioni della durata massima di 12 mesi da rimborsare mediante l'accensione di un nuovo finanziamento a 90 mesi, garantito da ipoteca su beni immobili di proprietà del ... rendendo in tal modo assolutamente necessaria la fusione, in mancanza della quale non si potrebbero concedere le garanzie richieste".
Corte di Cassazione	Sentenza 21 gennaio 2011 n. 1372	Con la sentenza in esame, la Corte di Cassazione ha esaminato i profili elusivi di un'operazione di merger leveraged buy out consistente: <ul style="list-style-type: none"> <li>- nell'acquisto, da parte di una società italiana facente parte di un gruppo societario, delle partecipazioni di controllo di un'altra società facente parte del medesimo gruppo, mediante accensione di un finanziamento a titolo oneroso;</li> <li>- nella successiva fusione per incorporazione della società acquistata nella società acquirente.</li> </ul> Al riguardo la Suprema Corte ha specificato che: <ul style="list-style-type: none"> <li>- "il sindacato dell'amministrazione finanziaria non può spingersi ad imporre una misura di ristrutturazione diversa tra quelle giuridicamente possibili (e cioè una fusione) solo perché tale misura avrebbe comportato un maggior carico fiscale";</li> <li>- e che "in particolare, non può essere considerata abusiva la scelta di mantenere in piedi un distinto soggetto giuridico, invece di dar luogo alla creazione di un unico soggetto, in quanto, tale scelta non appare artificiosa, né come tale poteva considerarsi soltanto perché comportava un maggiore risparmio fiscale".</li> </ul>

<p>Commissione Tributaria Regionale di Milano</p>	<p>Sentenza 11 settembre 2014 n. 4538/2014</p>	<p>“... il sindacato dell'Amministrazione non può spingersi ad imporre una misura di ristrutturazione diversa tra quelle giuridicamente possibili (e cioè una fusione) solo perché tale misura avrebbe comportato un maggior carico fiscale. In particolare non può essere considerata abusiva la scelta di mantenere in piedi un distinto soggetto giuridico, invece di dare luogo alla creazione di un unico soggetto, in quanto tale scelta non appare artificiosa, né come tale poteva considerarsi solo perché comportava un maggior risparmio fiscale”</p>
<p>Commissione Tributaria Regionale della Lombardia</p>	<p>Sentenza 13 aprile 2011, Sezione XXXIV, n. 36</p>	<p>Con la sentenza in esame la Commissione Tributaria Regionale della Lombardia, facendo proprie le indicazioni contenute nella sentenza della Corte di Cassazione 21 gennaio 2011 n. 1372, ha escluso l'elusività delle operazioni di <i>leveraged buy out</i>, sempreché i vantaggi fiscali da essa derivanti non possano essere considerati come l'unico scopo dell'operazione. In particolare, sulla base di queste considerazioni, è stata riconosciuta la deducibilità degli interessi passivi derivanti da un contratto di mutuo stipulato da una società di nuova costituzione per l'acquisto di una partecipazione di minoranza della società <i>target</i> (poi incorporata nel veicolo stesso) specificando che:</p> <p>-“... risulta chiaro che tale operazione di fusione sopradescritta è avvenuta con la finalità di acquisire da terzi il residuo del capitale – della società e non per effettuare una mera riorganizzazione interna con finalità puramente finanziarie o fiscali: la valida ragione economica è stata il rinnovo della compagine societaria a mezzo dell'unico veicolo utilizzabile consistente nell'operazione di (...)”;</p> <p>- “e dunque, essendo il ricambio dell'assetto proprietario di per sé una ragione economica lecita e conseguentemente valida ai fini fiscali che qui interessano, <b>debbono considerarsi inerenti gli interessi passivi dell'operazione che, peraltro, non ha generato alcun risparmio di imposta</b>”.</p>
<p>Commissione Tributaria Provinciale di Milano</p>	<p>Sentenza 27 febbraio 2013 n. 57, Sez. XVI</p>	<p>Sono deducibili gli interessi in capo alla società risultante da un'operazione di fusione inversa e riguardanti i finanziamenti originariamente sottoscritti da parte della società sua acquirente e poi fusi per incorporazione nella predetta società obiettivo (Nel caso di specie, la contribuente, già società obiettivo acquisita da altra società che aveva stipulato per la sua acquisizione operazioni di finanziamento con la propria capogruppo e con le banche, a seguito di un'operazione di fusione inversa risultava detenere nel proprio stato patrimoniale i debiti sottoscritti dalla società fusa, già sua acquirente, per l'acquisizione. Per i predetti interessi per finanziamento l'ente impositore reclamava l'indeducibilità).</p>
<p>Commissione Tributaria regionale della Lombardia</p>	<p>Sentenza 11 Luglio 2013 n. 96, Sez. LXV,</p>	<p>Non si configura una cessione di azienda assoggettabile ad imposte di registro e ipo-catastali in misura proporzionale laddove, attraverso una fusione per incorporazione attuata per mezzo di indebitamento (<i>merger leveraged buyout</i>), si pervenga al controllo della società "obiettivo" in presenza di ragioni imprenditoriali ed economiche in grado di escludere qualsivoglia elusività potenziale (Nel caso di specie, la contribuente, quale società di capitali, risultava destinataria per l'anno d'imposta 2008 di un avviso di liquidazioni per maggiori imposte di registro, ipotecarie e catastali asseritamente dovute a seguito della riqualificazione di un atto di fusione per incorporazione effettuata in data 17 dicembre 2008 attraverso il ricorso all'indebitamento. La società, che aveva utilizzato un istituto regolamentato dal Codice Civile, aveva anche dimostrato le valide ragioni imprenditoriali ed economiche per le quali aveva posto in essere tale operazione, in assenza di qualsivoglia presupposto elusivo in grado di ricondurre tale operazione ad una cessione d'azienda).</p>

Commissione Tributaria Regionale di Milano	sentenza n. 4539/5/14 11 settembre 2014	Non è sindacabile da parte dell'Amministrazione finanziaria (in quanto non è posta in essere in abuso del diritto) l'operazione di ristrutturazione giustificata da ragioni extra fiscali
Commissione Tributaria Provinciale di Vicenza	Sentenza n. 693/03/2015	Non c'è abuso del diritto nella fusione inversa con indebitamento qualora l'operazione nel suo complesso sia giustificata da valide ragioni economiche. Il principio di inerenza non si applica agli interessi passivi la cui deducibilità è soggetta unicamente alle limitazioni previste dall'articolo 96 del TUIR
Commissione Tributaria Provinciale di Milano	Sentenza n. 1002/24/2015	L'operazione di <i>merger leveraged by out</i> supera il test dell'abuso del diritto solo nel caso in cui il cambio dei soci di riferimento, risultante al termine della procedura, sia reale e sostanziale

## 3.10 La fusione transnazionale

### 3.10.1 La normativa generale

Il Capo IV del Titolo III del Tuir disciplina il trattamento fiscale applicabile alle operazioni straordinarie che interessano soggetti (società di capitali ed enti commerciali) resi danti in diversi Stati membri della Comunità economica europea, in conformità a quanto previsto dalla direttiva 90/434/CEE del 23 luglio 1990.

Al riguardo osserviamo che, in considerazione delle numerose modifiche che sono state apportate a tale direttiva, il Consiglio dell'Unione Europea ha adottato in data 19 ottobre 2009 la direttiva 2009/133/CE (pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale UE n. 310 del 25 novembre 2009) che ha sostituito la direttiva 90/434/CEE (di seguito la direttiva 1990). La direttiva 2009/133/CE (di seguito la direttiva 2009) si è limitata a codificare la direttiva 1990 senza apportare modifiche sostanziali. Infatti, come precisato dalla relazione alla direttiva 2009, la nuova direttiva "sostituisce i vari atti che essa incorpora, preserva in pieno la sostanza degli atti oggetto di codificazione e pertanto non fa altro che riunirli apportando unicamente le modifiche formali necessarie ai fini dell'opera di codificazione".

Pertanto, a decorrere dal 15 dicembre 2009 (data di entrata in vigore della direttiva 2009/133/CE), i riferimenti alla direttiva 1990 devono intendersi alla direttiva 2009 sulla base della tavola di concordanza allegata a quest'ultima.

In particolare, sono interessate dalla disposizione in esame le seguenti operazioni:

- a) fusione di società residenti in Italia con società residenti in altri Stati membri della Comunità Europea;
- b) scissione di una società italiana o residente in uno degli Stati membri della Comunità Europea a favore di società beneficiarie anch'esse residenti in paesi aderenti alla Comunità Europea;
- c) conferimenti di aziende o di complessi aziendali relativi a singoli rami dell'impresa da una società italiana o residente in uno degli Stati aderenti alla Comunità Europea a favore di una società aderente alla Comunità Europea;
- d) fusioni, scissioni o conferimenti d'azienda posti in essere da società residenti in Stati membri della CE che abbiano ad oggetto stabili organizzazioni nel territorio dello Stato italiano;
- e) permutate o conferimenti di azioni.

La disciplina civilistica delle fusioni transfrontaliere è stata invece introdotta nell'ordinamento italiano dal decreto legislativo del 30 maggio 2008, n. 108, in attuazione della direttiva 2005/56/CE che detta una disciplina comune delle fusioni transfrontaliere che coinvolgono società di capitali appartenenti a Stati membri diversi. A quest'ultimo riguardo si segnala che nella massima n. 140, il Consiglio notarile di Milano

ha affermato la necessità di stipulare per atto pubblico in Italia l'atto di fusione per incorporazione di una società italiana in una società soggetta a legge diversa da quella italiana (di un Paese Ue o extraUe) qualora quest'ultima legge non richieda l'atto pubblico di fusione per il perfezionamento del procedimento di fusione.

In materia di fusioni, le disposizioni contenute nel Capo IV del Titolo III del Tuir e, in particolare, il regime di neutralità fiscale previsto dall'articolo 179 risultano applicabili alle operazioni poste in essere tra:

- società per azioni, in accomandita per azioni, a responsabilità limitata, cooperative e di mutua assicurazione, enti pubblici e privati aventi ad oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali, residenti nel territorio dello Stato, e
- soggetti residenti in altri stati membri della Comunità Europea.

Con riguardo ai soggetti residenti in altri Stati membri della Comunità Europea, la norma richiede che tali soggetti:

- **non siano considerati, secondo le convenzioni in materia di doppia imposizione con Stati terzi, residenti al di fuori della Comunità Europea;**
- **appartengano ad uno dei tipi di società elencati nella tabella A, allegata al Tuir** (la quale deve essere considerata automaticamente aggiornata da eventuali modificazioni dell'allegato I, parte A, alla direttiva 2009);
- **siano sottoposti ad una delle imposte indicate nella tabella B, allegata al Tuir.**

Le operazioni di fusione con concambio sono, inoltre, soggette all'ulteriore condizione che l'eventuale conguaglio in denaro ai partecipanti dei soggetti fusi od incorporati non superi il 10% del valore nominale della partecipazione ricevuta. Non rileva il tipo di fusione posta in essere (per incorporazione mediante annullamento, per incorporazione mediante concambio, fusione pura, ecc.), ma soltanto che almeno uno dei soggetti coinvolti sia residente in Italia (sia in qualità di incorporante che di società fusa od incorporata) e che, invece, l'altro (o gli altri) siano società residenti in Stati membri della Comunità Europea.

### Tabella A

- |   |
|---|
| <p>a) Le società (SE) costituite a norma del regolamento (CE) n. 2157/2001 e della direttiva 2001/86/CE del Consiglio, dell'8 ottobre 2001, che completa lo statuto della società europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori e le società cooperative (SCE) costituite a norma del regolamento (CE) n. 1435/2003, e della direttiva 2003/72/CE del Consiglio, del 22 luglio 2003, che completa lo statuto della società cooperativa europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori;</p> <p>b) le società di diritto belga denominate «société anonyme»/«naamloze vennootschap», «société en commandite par actions»/«commanditaire vennootschap op aandelen», «société privée à responsabilité limitée»/«besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid», «société coopérative à responsabilité limitée»/«coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid», «société coopérative à responsabilité illimitée»/«coöperatieve vennootschap met onbeperkte aansprakelijkheid», «société en nom collectif»/«vennootschap onder firma», «société en commandite simple»/«gewone commanditaire vennootschap», le imprese pubbliche che hanno adottato una delle forme giuridiche sopra elencate e altre società costituite in conformità della legislazione belga e soggette all'imposta belga sulle società;</p> <p>c) Le società di diritto bulgaro denominate: , , , , costituite in conformità della legislazione bulgara e dedite ad attività commerciali;</p> <p>d) le società di diritto ceco denominate «akciová společnost» e «společnost s ručením omezeným»;</p> <p>e) le società di diritto danese denominate «aktieselskab» e «anpartsselskab». Altre società soggette a imposizione ai sensi della legge sull'imposizione delle società, nella misura in cui il loro reddito</p> |
|---|

imponibile è calcolato e tassato conformemente alle disposizioni fiscali generali applicabili alle «aktieselskaber»;

f) le società di diritto tedesco denominate «Aktiengesellschaft», «Kommanditgesellschaft auf Aktien», «Gesellschaft mit beschränkter Haftung», «Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit», «Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft», «Betriebe gewerblicher Art von juristischen Personen des öffentlichen Rechts» e altre società costituite in conformità della legislazione tedesca e soggette all'imposta tedesca sulle società;

g) le società di diritto estone denominate «täisühing», «usaldusühing», «osauühing», «aktsiaselts» e «tulundusühistu»;

h) le società registrate o costituite a norma del diritto irlandese, gli enti registrati sotto il regime dell'«Industrial and Provident Societies Act», le «building societies» registrate sotto il regime dei «Building Societies Acts» e le «trustee savings banks» ai sensi del «Trustee Savings Banks Act» del 1989;

i) le società di diritto greco denominate «\_\_\_\_\_μ\_\_\_\_\_» e «\_\_\_\_\_μ\_\_\_\_\_» (.....);

j) le società di diritto spagnolo denominate «sociedad anónima», «sociedad comanditaria por acciones», «sociedad de responsabilidad

limitada» e gli enti di diritto pubblico che operano in regime di diritto privato;

k) le società di diritto francese denominate «société anonyme», «société en commandite par actions», «société à responsabilité limitée», «sociétés par actions simplifiées», «sociétés d'assurances mutuelles», «caisses d'épargne et de prévoyance», «sociétés civiles» che sono soggette automaticamente all'imposta sulle società, le «coopératives», le «unions de coopératives» e gli istituti e le imprese pubblici di carattere industriale e commerciale e altre società costituite in conformità della legislazione francese e soggette all'imposta francese sulle società; fra residenti in stati uniti ue diversi

l) le società di diritto italiano denominate «società per azioni», «società in accomandita per azioni», «società a responsabilità limitata», «società cooperative», «società di mutua assicurazione», nonché gli enti pubblici e privati che esercitano attività unicamente o parzialmente commerciali;

m) nel diritto cipriota: «\_\_\_\_\_»), ai sensi della legislazione sull'imposta sul reddito;

n) le società di diritto lettone denominate «akciju sabiedrība» e «sabiedrība ar ierobežotu atbildību»;

o) le società costituite in conformità della legislazione lituana;

p) le società di diritto lussemburghese denominate «société anonyme», «société en commandite par actions», «société à responsabilité limitée», «société coopérative», «société coopérative organisée comme une société anonyme», «association d'assurances mutuelles», «association d'épargne-pension», «entreprise de nature commerciale, industrielle ou minière de l'État, des communes, des syndicats de communes, des établissements publics et des autres personnes morales de droit public» e altre società costituite in conformità della legislazione lussemburghese e soggette all'imposta lussemburghese sulle società;

q) le società di diritto ungherese denominate «közkereseti társaság», «betéti társaság», «közös vállalat», «korlátolt felelősségű társaság», «résztvénytársaság», «egyesülés», «közhasznú társaság» e «szövetkezet»;

r) le società di diritto maltese denominate «Kumpaniji ta' Responsabilità Limitata» e «Soċjetajiet en commandite li l-kapital tagħhom maqsum f'azzjonijiet»;

s) le società di diritto olandese denominate «naamloze vennootschap», «besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid», «open commanditaire vennootschap», «coöperatie», «onderlinge waarborgmaatschappij», «fonds voor gemene rekening», «vereniging op coöperatieve grondslag» e «vereniging welke op onderlinge grondslag als verzekeraar of kredietinstelling optreedt» e altre società costituite in conformità della legislazione olandese e soggette all'imposta olandese sulle società;

- t) le società di diritto austriaco denominate «Aktiengesellschaft», «Gesellschaft mit beschränkter Haftung» e «Erwerbs-und Wirtschaftsgenossenschaften»;
- u) le società di diritto polacco denominate «spółka akcyjna» e «spółka z ograniczoną odpowiedzialnością»;
- v) le società commerciali o le società civili di forma commerciale, nonché altre persone giuridiche che esercitano attività commerciali o industriali, costituite conformemente al diritto portoghese;
- w) le società di diritto rumeno denominate: «societăți pe acțiuni», «societăți în comandită pe acțiuni» e «societăți cu răspundere limitată»;
- x) le società di diritto sloveno denominate «delniška družba», «komanditna družba» e «družba z omejeno odgovornostjo»;
- y) le società di diritto slovacco denominate «akciová spoločnosť», «spoločnosť s ručením obmedzeným» e «komanditná spoločnosť»;
- z) le società di diritto finlandese denominate «osakeyhtiö»/«aktiebolag», «osuuskauppa»/«andelslag», «saajaostopankki»/ «sparbank» e «vakuutusyhtiö»/«forsäkringsbolag»;
- a bis) le società di diritto svedese denominate «aktiebolag», «bankaktiebolag», «forsäkringsaktiebolag», «ekonomiska föreningar», «sparbanker» e «ömsesidiga försäkringsbolag»;
- a ter) le società costituite conformemente al diritto del Regno Unito.

**Tabella B**

Impoât des sociétés/vennootschapsbelasting in Belgio, in Bulgaria,  
 Danŕ z prŕijmu° právnických osob nella Repubblica ceca,  
 Selskabsskat in Danimarca,  
 Koörperschaftssteuer in Germania,  
 Tulumaks in Estonia,  
 Corporation tax in Irlanda,  
 \_\_\_\_\_ μ\_\_\_\_\_ μ\_\_\_\_\_ in Grecia,  
 Impuesto sobre sociedades in Spagna,  
 Impoât sur les sociétés in Francia,  
 Imposta sul reddito delle società in Italia,  
 \_\_\_\_\_ μ\_\_\_\_\_ a Cipro,  
 Uzņēmumu ienakuma nodoklis in Lettonia,  
 Pelno mokestis in Lituania,  
 Impoât sur le revenu des collectivités in Lussemburgo,  
 Társasági adó in Ungheria,  
 Taxxa fuq l-income a Malta,

Vennootschapsbelasting nei Paesi Bassi,  
 Körperschaftssteuer in Austria,  
 Podatek dochodowy od osób prawnych in Polonia,  
 Imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas in Portogallo,

### 3.10.2 La normativa fiscale

Il comma 1 dell'articolo 179 dispone, per le operazioni di fusione e scissione indicate in corrispondenza delle lettere a), b) e b-bis) dell'articolo 178, l'applicazione delle disposizioni previste dai precedenti articoli 172 e 173 del Tuir per le fusioni e le scissioni nazionali.

Il successivo comma 3, (riproducendo l'articolo 2, comma 3, del D.Lgs. del 30 dicembre 1992, n. 544), considera realizzate nei confronti del conferente residente (ovvero la società fusa o scissa) le plusvalenze della stabile organizzazione estera in base al valore normale (dalla relativa tassazione deve essere scomputato l'ammontare dell'imposta che lo Stato estero rinuncia ad applicare in conformità della direttiva 23 luglio 1990, n. 90/434/CEE).

L'applicazione del generale principio di neutralità fiscale alle fusioni e scissioni transnazionali si sostanzia, infine, nella previsione contenuta nel comma 4, in base alla quale viene previsto che:

- le operazioni di fusione e scissione non comportano il realizzo di plusvalenze o minusvalenze;
- (a tal fine) il valore fiscale delle azioni o quote date in cambio deve essere assunto anche dalle azioni o quote ricevute, ripartendosi tra tutte in proporzione dei valori alle stesse attribuiti ai fini della determinazione del rapporto di cambio;
- (viceversa) eventuali conguagli concorrono a formare il reddito in capo ai soggetti percettori (fatta salva, ove vengano soddisfatti i relativi presupposti, l'applicazione dell'articolo 47, comma 7 e degli articoli 58 e 87 del Tuir).

Nell'ipotesi in cui la società scissa o la società fusa siano residenti in Italia, la neutralità fiscale dell'operazione è subordinata al fatto che gli elementi patrimoniali della società italiana confluiscono in una stabile organizzazione italiana dell'incorporante o beneficiaria non residente.

In particolare, i beni confluiti nella stabile organizzazione dovranno essere valutati in base all'ultimo valore fiscalmente riconosciuto in capo alla società italiana che si estingue.

I beni non confluiti nella stabile organizzazione italiana si considerano, invece, realizzati al valore normale.

Tale disposizione si applica anche se successivamente alla fusione (o scissione) i componenti conferiti nella stabile organizzazione italiana ne vengano distolti.

Non appare chiaro se il generale rinvio che l'articolo 179, comma 1, del Tuir fa all'articolo 172 riguardi le sole perdite di origine nazionale oppure debba considerarsi estendibile, secondo una logica di reciprocità, anche alle perdite originarie in paesi europei da parte della incorporata non residente e attribuite per via della fusione alla incorporante nazionale. Sotto questo profilo un importante chiarimento deriva dalla sentenza C-123/11 della Corte di Giustizia Europea del 21 febbraio 2013, che, facendo leva sui principi di libertà di stabilimento e di proporzionalità, garantisce la riportabilità delle perdite prodotte dalla incorporata estera in capo alla incorporante nazionale qualora l'ordinamento tributario della seconda preveda un tale diritto alla riportabilità. La citata sentenza chiarisce che:

- il diritto alla riportabilità è subordinato al fatto che la incorporata non residente abbia esaurito la possibilità di utilizzo delle suddette perdite in proprio o per il tramite di altri soggetti, ciò allo scopo di evitare un doppio utilizzo delle perdite estere;



- le modalità di ricalcolo delle perdite non debbono creare disparità rispetto all'ipotesi in cui la incorporante procedesse ad incorporare una società residente.

Chiaramente la riportabilità delle perdite generate e non utilizzate da parte della incorporata non residente deve comunque soggiacere tanto ai limiti economici e patrimoniali di vitalità fissati dall'articolo 172, comma 7, del Tuir, quanto alle regole dettate dall'articolo 84 del Tuir.

#### A) Le riserve in sospensione d'imposta

L'articolo 180 del Tuir prevede che gli eventuali fondi (riserve) in sospensione di imposta relativi alla società italiana fusa, incorporata o scissa, che non sono ricostituiti nella stabile organizzazione italiana del soggetto non residente (incorporante, risultante dalla fusione o beneficiario) devono concorrere a formare il reddito della stabile organizzazione medesima.

La disposizione in esame, quindi, opera nei casi in cui nell'ultimo bilancio del soggetto conferente residente siano iscritte riserve in sospensione d'imposta. Per poter beneficiare dell'irrilevanza fiscale dei fondi è necessario che questi siano iscritti nella contabilità del soggetto beneficiario. In caso contrario (ovvero, precisamente, nella misura in cui questa iscrizione non dovesse verificarsi), le riserve saranno tassate in capo alla stabile organizzazione costituitasi per effetto dell'operazione straordinaria o pre-esistente beneficiaria dell'operazione.

L'obbligo di ricostituzione riguarda tutti i fondi in sospensione d'imposta e, di conseguenza, non solo quelli tassabili solo in caso di distribuzione. A differenza di quanto previsto per le fusioni, nel caso delle scissioni l'obbligo di ricostituzione dovrebbe riguardare solo i fondi in cui il regime di sospensione sia correlato agli specifici elementi patrimoniali oggetto del conferimento (ai fini della relativa individuazione dovrebbe essere possibile fare riferimento alla circolare ministeriale 17 maggio 2000, n. 98/E, risposta 1.5.9, secondo la quale non assume "rilievo il momento genetico del fondo, ma le condizioni cui è subordinato il regime di sospensione d'imposta, nel senso che gli eventi che riguardano specifici elementi patrimoniali della società scissa devono essere tali da influenzare il mantenimento o meno dello status di sospensione d'imposta del fondo medesimo").

#### B) Le perdite fiscali

L'articolo 181 del Tuir disciplina il trattamento fiscale applicabile alle operazioni di fusione totale transfrontaliera in cui la società incorporata o scissa italiana si "trasforma" in una stabile organizzazione della società incorporante (beneficiaria) non residente. In particolare, tale disposizione introduce un doppio vincolo al riporto delle perdite fiscali pregresse della società italiana (incorporata o scissa):

1. prevedendo che le perdite fiscali pregresse siano deducibili in proporzione al patrimonio netto della società incorporata che è effettivamente attribuito alla stabile organizzazione italiana dell'incorporante non residente;

2. estendendo alle operazioni di fusione e di scissione transfrontaliere i limiti previsti dall'articolo 172, comma 7, del Tuir.

Ai fini della concreta applicazione della norma, dopo aver verificato il limite previsto al punto 1, si applicherà l'ulteriore limite del comma 7 dell'articolo 172 (in buona sostanza, quindi, la normativa in esame è finalizzata ad introdurre una limitazione forfetaria delle perdite basata sul patrimonio netto della stabile organizzazione).

Secondo la relazione illustrativa ciò implica:

- *“calcolare la quota delle perdite residue della società trasferita proporzionalmente corrispondente al rapporto tra patrimonio netto contabile della società e patrimonio netto della stabile organizzazione superstite”;*
- *“e quindi confrontare tale quota con lo stesso patrimonio netto contabile di detta stabile, assumendo il minore tra i due importi”.*

Al riguardo, l’Agenzia delle Entrate (risoluzione del 30 marzo 2007, n. 66/E) ha precisato che il primo limite è *“finalizzato a ridurre il riporto delle perdite fiscali pregresse in tutte le ipotesi in cui alla stabile organizzazione non siano state attribuite tutte le attività e passività che facevano capo alla società italiana incorporata e da cui si erano originate le perdite (ad esempio, quelle riferibili ad eventuali stabili organizzazioni all’estero o ad altri elementi patrimoniali distolti)”.*

La finalità di tale limitazione è evidentemente quella di evitare il riporto di perdite attribuibili, in parte, ad attività non più connesse alla stabile organizzazione rimasta nel territorio dello Stato.

Ed, infatti, la restrizione in esame non trova applicazione nei casi in cui l’intero patrimonio della società incorporata o scissa confluisce nella stabile organizzazione italiana.

Al riguardo, l’Agenzia delle Entrate ha chiarito con la risoluzione n. 66/E che questa disposizione non può essere considerata antielusiva e, pertanto, non può essere disapplicata.

A livello operativo, nella risoluzione 17 giugno 2014 n. 63/E, l’Agenzia delle entrate ha precisato che, ai fini della determinazione delle perdite riportabili, il limite del patrimonio netto della stabile organizzazione italiana di un soggetto non residente coinvolta in un’operazione di fusione transnazionale è costituito dal fondo di dotazione contabile, come risultante dall’ultimo rendiconto di cui all’articolo 14, comma 5, del DPR n. 600/73, integrato delle eventuali variazioni fiscali effettivamente operate nella dichiarazione dei redditi del relativo periodo d’imposta, finalizzate a realizzarne la congruità ed entro tali limiti.

Il secondo limite estende alle operazioni di fusione e scissione transfrontaliere i medesimi benefici e le medesime condizioni previste dall’articolo 172, comma 7, del Tuir in materia di riporto delle perdite fiscali pregresse nell’ambito delle operazioni nazionali. Tale limitazione si applica se il soggetto non residente dispone già in Italia di una stabile organizzazione le cui attività si integreranno – fiscalmente – con quelle della società residente che viene incorporata.

Infatti, al riguardo, l’Amministrazione finanziaria, sempre nella risoluzione n. 66/E, ha chiarito che *“l’articolo 181, nella parte in cui richiama il disposto di cui all’articolo 172, comma 7, del Tuir, è norma che si rende applicabile solo quando le operazioni transnazionali in esame comportano (come nel caso delle fusioni e scissioni nazionali) una integrazione di attivi di soggetti diversi, come tali già esistenti nel territorio dello Stato”.*

In considerazione della finalità antielusiva della norma, l’Agenzia delle Entrate con la risoluzione 66/E ha chiarito che questo secondo limite può essere disapplicato ai sensi dell’articolo 37-bis, comma 8, del D.P.R. del 29 settembre 1973, n. 600.

In particolare, la disposizione in esame risponde alla ratio di *“contrastare la realizzazione di fusioni [e scissioni] con società prive di capacità produttiva poste in essere al fine di attuare la compensazione intersoggettiva delle perdite fiscali di una società con gli utili imponibili dell’altra, introducendo un divieto assoluto al riporto delle stesse qualora non sussistano quelle minime condizioni di vitalità economica prevista dalla norma”.* Ne deriva che, ai fini della disapplicazione delle limitazioni previste dall’articolo 172, comma 7, del Tuir, è necessario dimostrare concretamente che, in generale, l’operazione di fusione (o scissione) non si inserisce in un disegno di tipo elusivo e, in particolare, che:

- la stabile organizzazione con le perdite fiscali pregresse non è una cosiddetta “bara fiscale” ai sensi dell’articolo 172, comma 7, del Tuir, e

- l'operazione di fusione (o scissione) transnazionale non è funzionale alla incorporazione (o scissione) di una società in utile, allo scopo di compensare i redditi imponibili di quest'ultima con le perdite fiscali accumulate negli esercizi precedenti la fusione (o la scissione) dalla stabile organizzazione del soggetto non residente, la cui attività economica sia ormai ridotta o cessata.