

A

ATTUALITÀ

Ammesso l'affrancamento fiscale del disavanzo in caso di fusione inversa

Alessandro Pegoraro, *Dottore commercialista e revisore contabile in Vicenza*

Con la risoluzione n. 111/E del 27 aprile 2009 (in "fiscalitax online"), l'Agenzia delle Entrate ritorna sui propri passi e ribalta l'orientamento espresso appena due mesi prima con la risoluzione n. 46/E del 24 febbraio 2009 (in "fiscalitax online"), circa la possibilità di dare rilevanza fiscale al disavanzo emergente in caso di un'operazione di fusione inversa. In base al nuovo pronunciamento, l'affrancamento risulta possibile anche qualora il maggior valore emerso in sede di fusione sia attribuito a beni di proprietà, fin dall'origine, della società controllata-incorporante.

L'Agenzia si allinea, pertanto, all'interpretazione caldeggiata da larga dottrina, e in particolare da Assonime, e che sicuramente risulta più coerente con l'intento originario del legislatore di incentivare le operazioni di aggregazione aziendale, senza creare alcun discrimine di natura fiscale a seconda della modalità (diretta-inversa) con cui un'operazione di fusione viene effettuata.

La questione dell'affrancamento fiscale del disavanzo derivante da un'operazione di fusione inversa⁽¹⁾ sembra arrivata ad un epilogo definitivo.

Dopo la circolare n. 57/E del 25 settembre 2008 (in "fiscalitax online") che, in modo un po' sibillino, si limitava a riconoscere l'attribuzione del disavanzo ai soli beni "ricevuti" per effetto dell'operazione di fusione (senza però citare espressamente il caso della fusione inversa), e dopo la risoluzione n. 46/E del 24 feb-

(1) Dove cioè è la società "figlia-controllata" ad incorporare la società "madre-controllante".

braio 2009 la quale, in risposta ad un'istanza di interpello poco felicemente formulata, aveva escluso l'affrancamento fiscale dei plusvalori attribuiti a beni di proprietà della società controllata-incorporante, è stata pubblicata la recente risoluzione n. 111/E del 27 aprile 2009.

Qui l'Agenzia, probabilmente sollecitata dalle numerose perplessità evidenziate dalla dottrina (Assonime *in primis*), stravolge il precedente pronunciamento, ammettendo la possibilità di dare rilevanza fiscale al disavanzo emerso a seguito di un'operazione di fusione inversa anche qualora attribuito a beni fin dall'origine riconducibili alla società incorporante.

Il chiarimento arriva dopo un periodo di acceso dibattito in dottrina su questo specifico caso, che vedeva contrapporsi chi da un lato sosteneva la necessità di garantire un trattamento fiscale uniforme a prescindere dalla "direzione" con cui l'operazione di fusione viene svolta (diretta o inversa) e chi, dall'altro, riteneva inevitabile rispettare il dettato dell'art. 2 del decreto attuativo del 25 luglio 2008 (in "fiscalitax online"), il quale ammette l'affrancamento sui plusvalori dei "beni ricevuti" in occasione della fusione.

L'opzione per il riconoscimento fiscale dei maggiori valori

Come noto, la legge Finanziaria 2008 (L. 24 dicembre 2007, n. 244, in "fiscalitax online"), ha introdotto rilevanti novità nella disciplina fiscale delle operazioni straordinarie⁽²⁾.

Il nuovo testo normativo prevede, in particolare, la possibilità, tramite versamento di un'imposta sostitutiva e nel rispetto di specifiche condizioni, di dare rilevanza fiscale ai maggiori

(2) Art. 1, commi 46 e 47, della L. 24 dicembre 2007, n. 244.

valori emergenti in occasione di operazioni di conferimento, di fusione e di scissione e attribuibili alle immobilizzazioni materiali e immateriali (3).

L'opzione per l'applicazione dell'imposta sostitutiva sui maggiori valori (4) può rappresentare una scelta economicamente conveniente, naturalmente valutando tutta una serie di fattori, come l'entità dei maggiori ammortamenti fiscalmente deducibili sui valori affrancati, il tempo previsto per il completamento del processo di ammortamento, l'aspettativa che vi siano, in futuro, imponibili in misura tale da assorbire i maggiori ammortamenti dei beni e l'intenzione più o meno remota di procedere ad una dismissione dei beni affrancati (5).

Gli effetti dell'esercizio dell'opzione sono immediati: i maggiori valori assoggettati ad imposta sostitutiva si considerano fiscalmente riconosciuti sin dall'inizio del periodo di imposta nel corso del quale è stata versata la prima delle tre rate dell'imposta sostitutiva (il che non è del tutto scontato, vista la sempre più frequente tendenza del legislatore a postdatare il momento di efficacia fiscale delle rivalutazioni contabili) (6).

L'equivoco interpretativo della risoluzione n. 46/E del 2009

Il caso presentato nella risoluzione n. 46/E del 24 febbraio 2009 può essere così sintetizzato: la società Alfa S.r.l. acquisisce con indebitamento il 90 per cento del capitale sociale della società Beta S.p.a. (il rimanente 10 per cento è detenuto da due persone fisiche).

Successivamente l'intera proprietà di Alfa, non-

ché il 10 per cento di Beta detenuto dalle persone fisiche, vengono conferiti in una terza società, Gamma S.p.a. Si ottiene pertanto una struttura societaria a tre livelli dove la capogruppo Gamma controlla il 100 per cento di Alfa e, indirettamente, il 100 per cento di Beta. A questo punto viene proposta la fusione inversa di Alfa (incorporata) in Beta (incorporante). Le motivazioni prospettate dal contribuente sono del tutto condivisibili: risultando Beta l'unica società operativa (Alfa, prima utilizzata come veicolo per l'acquisizione, è ora una *subholding* di partecipazione), è sicuramente preferibile mantenerla in vita.

La fusione inversa permette cioè di evitare tutta una serie di complicanze amministrative tra cui, ad esempio, la necessità di dover comunicare un nuovo numero di partita Iva a clienti e fornitori, gli adempimenti per la reintestazione di marchi e licenze, le volture di autorizzazioni, le trascrizioni ipotecarie e catastali, eccetera.

Per effetto della fusione inversa, prosegue la risoluzione, le azioni di Beta detenute da Alfa sono state riassegnate in capo all'unico socio di Alfa, ossia a Gamma.

L'annullamento della partecipazione di Beta iscritta in Alfa a fronte del patrimonio netto acquisito fa emergere un disavanzo da annullamento pari a tre milioni di euro. Tale importo è stato attribuito in parte ad incremento del valore dei fabbricati già posseduti da Beta e per la restante parte ad avviamento.

Ebbene, l'istante chiede di poter optare per il riconoscimento fiscale di tale maggior valore ai sensi dell'art. 172, comma 10-*bis*, del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, Tuir.

Il caso descritto può essere generalizzato nella classica operazione di *leverage by out* (LBO), la quale, assai di frequente si completa con un'operazione di fusione inversa con cui la società *target*, oggetto di acquisizione, incorpora la società veicolo che ha contratto il debito bancario e ha realizzato l'acquisto.

Il dubbio era legittimo perché se da un lato il comma 10-*bis* dell'art. 172 del Tuir letteralmente recita "Il regime dell'imposta sostitutiva ... può essere applicato ... dalla società incorporante o risultante dalla fusione per ottenere il riconoscimento fiscale *dei maggiori valori iscritti in bilancio a seguito di tali operazioni*", dall'altro il decreto attuativo sembra ridurre l'ambito applicativo della norma precisando (all'art. 2) che l'imposta sostitutiva va applicata "sulle dif-

(3) Le modifiche normative si sono tradotte nell'inserimento del nuovo comma 2-*ter* nell'art. 176 del Tuir (relativamente alle operazioni di conferimento di azienda o rami di azienda) poi richiamato nei nuovi commi 10-*bis* dell'art. 172 (per le fusioni) e 15-*bis* dell'art. 173 (per le scissioni).

(4) Imposta che ricordiamo è pari al 12 per cento, 14 per cento o 16 per cento a seconda dell'ammontare dei plusvalori (rispettivamente fino a 5 milioni di euro, tra i 5 e i 10 milioni di euro, e oltre i 10 milioni di euro).

(5) Considerato il periodo di "sorveglianza" che impedisce la cessione dei beni rivalutati anteriormente al quarto periodo di imposta successivo a quello dell'opzione, pena la perdita del relativo beneficio fiscale.

(6) Si pensi alle ultime due leggi di rivalutazione dei beni (Finanziaria 2006) e degli immobili (D.L. n. 185 del 29 novembre 2008).

ferenze tra il valore d'iscrizione in bilancio dei *beni ricevuti* in occasione di operazioni di fusione e di scissione ... e l'ultimo valore fiscalmente riconosciuto dei beni stessi presso il soggetto incorporato, fuso o scisso".

Il riferimento a beni "ricevuti" sembrerebbe escludere l'utilizzo della sostitutiva per la rivalutazione del disavanzo di 3 milioni citato nella risoluzione, poiché evidentemente da attribuire a beni, già in origine, di esclusiva proprietà di Beta.

L'imprecisione contabile emergente dal caso prospettato

Il contribuente ritiene che non sia corretto creare un discrimine di natura fiscale tra le varie operazioni straordinarie e le modalità con cui le stesse vengono attuate, dovendo pertanto permettere sia in caso di fusione diretta che in caso di fusione inversa l'opzione per l'affrancamento dei plusvalori. Anche perché, prosegue l'istante, la fusione inversa produce effetti giuridici, economici, patrimoniali sostanzialmente analoghi a quelli che si sarebbero avuti con la fusione diretta pur con "un'unica differenza di tipo contabile". È a questo punto che il ragionamento del contribuente non risulta più condivisibile.

L'istante prosegue infatti affermando che con la fusione inversa è emerso un disavanzo da fusione maggiore di quello che si sarebbe ottenuto attraverso una fusione diretta (3 milioni di euro nel primo caso e 840 mila euro nel secondo).

In realtà tale presunta differenza non ha ragione di esistere. Al riguardo il Documento OIC n. 4 "Fusioni e scissioni" è estremamente chiaro: "poiché la fusione diretta e la fusione inversa costituiscono due modalità diverse della fusione per incorporazione ed hanno un'identica disciplina giuridica, e poiché gli effetti economici dell'operazione (anche in base al principio della prevalenza della sostanza sulla forma) non possono essere diversi, il complesso economico unificato dopo la fusione non può che avere lo stesso valore, sia che si effettui una incorporazione diretta o una incorporazione rovesciata" (paragrafo 4.6.2.).

Pertanto, prosegue l'OIC: "qualunque siano le modalità di attuazione della fusione, per i soci della controllante-incorporata i beni della controllata-incorporante hanno 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 posto dall'art. 2504-*bis*, comma 4, del codice civile, con il trasferimento del costo della partecipazione sui beni della controllata."

Il principio di fondo richiamato dall'OIC è quello della *prevalenza della sostanza sulla forma*⁽⁷⁾, secondo il quale il disavanzo da annullamento risultante dall'operazione di fusione illustrata nella citata risoluzione n. 46/E non poteva essere diverso a seconda della modalità di effettuazione dell'operazione di fusione⁽⁸⁾.

L'Agenzia, che non si esprime in merito al comportamento contabile adottato dal contribuente⁽⁹⁾, risponde fornendo due indicazioni principali:

- anche l'operazione di fusione inversa può beneficiare del regime di imposta sostitutiva di cui all'art. 172, comma 10-*bis*, del Tuir;
- tuttavia sono affrancabili solamente quei maggiori valori attribuibili (e attribuiti) a beni afferenti il patrimonio aziendale della società incorporata.

Nel caso esaminato, il fabbricato risultava di proprietà della società incorporante anche prima della fusione e l'avviamento determinato dal contribuente era collegato alla struttura economico-aziendale della società incorporante. Ciò, a detta dell'Agenzia, è dirimente ai fini della possibilità di esercitare l'opzione per il regime dell'imposta sostitutiva.

Con questa risoluzione, l'Agenzia confermava pertanto in maniera netta quanto aveva solo fatto intuire con la citata circolare n. 57/E del 25 settembre 2008.

(7) Recepito dal nostro legislatore nell'art. 2423-*bis*, comma 1, n. 1), del codice civile.

(8) Il delta di valore tra i due presunti disavanzi (3 milioni e 840 mila) nasceva dalla diversa consistenza del patrimonio netto contabile della società controllante e della società controllata. Si tratta di un ammontare di natura puramente contabile non riconducibile a maggiori valori latenti della società incorporante e, in quanto tale, da elidere dall'attivo patrimoniale riducendo in contropartita il patrimonio netto contabile della società incorporante.

(9) Significativo è l'inciso "il descritto comportamento contabile adottato dalla società incorporante nell'ipotesi di fusione inversa sulla cui correttezza la scrivente non formula alcun giudizio di merito ...".

Allora, interpretando l'art. 2 del D.M. del 25 luglio 2008, l'Agenzia aveva affermato: "atteso che in base al citato art. 2 del decreto il riconoscimento fiscale è consentito solo in relazione ai beni 'ricevuti', si rileva che i maggiori valori che possono trovare riconoscimento fiscale, previo assoggettamento dell'imposta sostitutiva sono solo quelli attribuiti ai beni provenienti dalla società incorporata ovvero dalla società scissa, nel bilancio della società incorporante e della società beneficiaria".

Il pensiero di Assonime

Le conclusioni della risoluzione n. 46/E del 2009 devono aver creato qualche malumore al Centro studi di Assonime che, con la propria circolare n. 51 del 12 settembre 2008, aveva già affrontato il caso della fusione inversa arrivando a conclusioni ben diverse da quelle dell'Amministrazione finanziaria.

Secondo Assonime, l'affrancamento deve essere riconosciuto per tutti i maggiori valori iscritti a bilancio a seguito di un'operazione straordinaria, sia per i soggetti IAS che non IAS, sia in caso di disavanzo da annullamento che da concambio, sia in caso di fusione diretta che in caso di fusione inversa.

Assonime, ritiene corretto superare i vincoli di una interpretazione puramente letterale del decreto attuativo, riportando in primo piano l'aspetto sostanziale della norma. Dalla lettura della relazione illustrativa al disegno di legge Finanziaria per il 2008 emergeva chiaramente che l'intento del legislatore era quello di incentivare le aggregazioni aziendali tra le imprese, dando al contribuente l'alternativa del riconoscimento fiscale dei plusvalori latenti connessi alla struttura patrimoniale e alle capacità reddituali (avviamento) dei soggetti coinvolti. Un intento quindi di *favor rei* nei confronti delle aggregazioni aziendali considerate come elemento strategico per il rafforzamento dell'apparato produttivo del sistema impresa.

Le conclusioni cui arriva la risoluzione n. 46/E sembrano dimenticare questo obiettivo originario della norma, finendo per penalizzare la classica operazione di fusione inversa dove la società operativa incorpora la propria controllante, *holding* "pura", principalmente per ridurre al minimo gli adempimenti amministrativi connessi all'operazione.

L'Agenzia ci ripensa: la risoluzione n. 111/E del 27 aprile 2009

Passano due mesi dalla risoluzione n. 46/E e l'Agenzia delle Entrate, spinta dalle numerose richieste di riesame del caso, pubblica la risoluzione n. 111/E del 27 aprile 2009 intitolata "Art. 172, comma 10-*bis*, del Tuir – fusione inversa – chiarimenti". Non quindi una risposta ad un specifico caso di interpello, quanto una sorta di comunicazione sulla corretta interpretazione da dare all'articolo citato.

L'Agenzia analizza il trattamento contabile suggerito dall'OIC per la fusione inversa, riconoscendo che, il risultato finale in termini di valore del complesso aziendale unificato non potrà che corrispondere a quello ottenibile mediante una classica fusione diretta (nel rispetto pertanto del principio della prevalenza della sostanza sulla forma). Del resto, prosegue l'Agenzia, sia la disciplina civilistica (artt. 2501 e seguenti del codice civile) che quella fiscale (*i.e.* art. 172 del Tuir) non menzionano il "verso" della fusione per incorporazione, non discriminando tra l'ipotesi di fusione diretta e l'ipotesi di fusione inversa. Ne deriva che, in ambo i casi, varranno le disposizioni del comma 4 dell'art. 2504-*bis* del codice civile, laddove prevede l'obbligo di imputare, ove possibile, l'eventuale disavanzo di fusione agli elementi dell'attivo e del passivo delle società partecipanti alla fusione e, per la differenza, eventualmente ad avviamento.

Anche il riferimento letterale ai beni "ricevuti" di cui al decreto attuativo viene ridimensionato dall'Agenzia: "si ritiene che non osta alla possibilità per la società incorporante di avvalersi del regime di imposizione sostitutiva la circostanza che in caso di fusione inversa la società incorporante-partecipata iscriva i maggiori valori sui 'propri' beni, che già facevano parte, ante fusione, del proprio patrimonio aziendale." Del resto, a ben vedere, parlare di beni "ricevuti" in relazione ad un'operazione di fusione non è del tutto preciso, dato che la fusione costituisce una compenetrazione di soggetti giuridici e non una acquisizione di beni⁽¹⁰⁾.

Non pare peraltro casuale la mancanza nell'art. 172, comma 10-*bis* (rispetto all'art. 176, com-

⁽¹⁰⁾ In tutti i manuali di M&A l'operazione di fusione viene inquadrata come un'operazione "sui soggetti" a differenza di altre, quali il conferimento di azienda o la cessione di azienda, che sono definite come operazioni "sui beni".

ma 2-ter, per i conferimenti) della precisazione sui "beni ricevuti", sostituita da un riferimento ai maggiori valori iscritti "a seguito" dell'operazione.

Sicuramente il nuovo orientamento dell'Agenzia riafferma la *ratio legis* sottesa alla norma sul nuovo regime di imposizione sostitutiva per le operazioni straordinarie, che tende ad incentivare le operazioni di aggregazione aziendale e da attuazione al principio della prevalenza della sostanza della forma. Aver impedito l'affrancamento dei plusvalori attribuiti ai beni della controllata-incorporante significava creare un discrimine fiscale ingiustificato. La scelta di procedere ad una fusione diretta di una *holding* pura con una società operativa, con tutte le connesse complicità amministrativo-gestionali e al solo fine di poterne ricavare anche un beneficio fiscale, sarebbe risultata spesso sconsigliabile.

Sarebbe stato certo un peccato scoprire che, proprio dopo che la fattibilità dell'operazione di fusione inversa è stata riconosciuta dall'Organismo italiano di contabilità e che anche l'operazione di *leverage by out* è stata pienamente legittimata dal nostro codice civile, il legislatore fiscale avesse finito per considerare l'operazione di fusione inversa non meritevole di un'agevolazione studiata per favorire tutte le operazioni di aggregazione aziendale.

Non va certamente trascurata la modalità con cui sovente un'operazione di LBO viene programmata. Spesso infatti la parte acquirente è interessata solo ad un ramo aziendale di una certa società, o, analogamente, può accadere che chi cede sia interessato a preservarsi qualche bene, tipicamente l'immobile aziendale. In questi casi il soggetto cedente può deliberare un'operazione di conferimento, trasferendo (si ipotizzi in neutralità) in un'azienda di nuova costituzione il complesso di beni oggetto di cessione. L'intera quota di partecipazione nella *new-co* conferitaria verrà quindi acquisito dalla società veicolo dell'LBO. Infine la società operativa incorporerà con fusione inversa la società veicolo.

In questa fattispecie ci si chiede: come si poteva impedire l'affrancamento degli eventuali plusvalori emersi in sede di fusione inversa perché attribuiti esclusivamente a beni di proprietà della società incorporante? Come si poteva definire questi beni come mai "ricevuti" dalla società controllata-incorporante?

L'ormai sacrosanto principio della prevalenza della sostanza sulla forma impone di considerare l'unitarietà delle due operazioni straordinarie (conferimento del ramo e fusione inversa) nel definire la "ricezione dei beni".

Fortunatamente anche l'Amministrazione finanziaria sa ritornare sui propri passi; a volte.