

# Le fusioni inverse: rapporti con le acquisizioni con indebitamento e il consolidato fiscale

di Stefano Salvadeo (\*) e Emanuele Pucci (\*\*)

Nel presente contributo verrà analizzata un'operazione di fusione inversa sotto il profilo contabile, societario e fiscale. L'analisi sarà completata considerando anche le implicazioni sotto il profilo della normativa sul consolidato fiscale e della recente circolare n. 6/E del 30 marzo 2016, relativa alle acquisizioni con indebitamento.

## Premessa

Verrà analizzata, in questa sede, un'operazione di fusione inversa sotto il profilo contabile, societario e fiscale. L'analisi sarà completata considerando anche le implicazioni sotto il profilo della normativa sul consolidato fiscale e della circolare n. 6/E del 30 marzo 2016, relativa alle acquisizioni con indebitamento. Al fine di una migliore comprensione della situazione che si intende illustrare verrà esaminato il seguente caso: si ipotizzi che Holding Spa, società costituita da quattro anni, abbia acquisito, ricorrendo per lo più a finanziamenti di terzi mediante un'operazione di *leverage buy out*, la partecipazione di controllo del 60% della società Beta Spa la quale, a sua volta, controlla la società Gamma Spa. Beta Spa e Gamma Spa hanno optato per il consolidato fiscale (Tavola 1).

## Le fusioni inverse nell'ambito delle operazioni di acquisto con indebitamento

La scelta di realizzare una fusione inversa è riconducibile alla ricerca di un'efficiente organizzazione dei gruppi societari tramite l'eliminazione di strutture societarie intermedie, che rappresentano duplicazioni funzionali o strutture non operative, e l'accorciamento della catena partecipativa,

fondendo le società *holding* (Holding Spa) nelle subholding operative (Beta Spa).

Nel caso in esame, pertanto, l'operazione prevede che il ruolo dell'incorporante sia assunto dalla partecipata (Beta Spa), realizzando quella che in dottrina è stata definita "fusione inversa".

Sotto il profilo pratico le fusioni inverse risultano particolarmente utili se si considera che spesso la società incorporata controllante ha unicamente il ruolo di detentrici delle partecipazioni mentre l'incorporante partecipata opera effettivamente sul mercato, avendo contatti con clienti e fornitori, essendo intestataria di beni mobili e immobili registrati, contratti con i dipendenti e rapporti finanziari, come, ad esempio, mutui e *leasing*. Non si trascurino anche le formalità richieste per il trasferimento di marchi o concessioni pubbliche il cui trasferimento può comportare notevoli adempimenti.

Conseguentemente può risultare utile evitare, mediante una fusione inversa, la complessità della comunicazione dei nuovi dati della società (partita IVA, codice fiscale,

### Note:

(\*) Partner, Head of Advisory Services in Bernoni Grant Thornton. Dottore Commercialista ed Esperto Contabile, in Milano

(\*\*) Manager in Bernoni Grant Thornton. Dottore Commercialista ed Esperto Contabile, in Milano.

denominazione sociale) a clienti e fornitori, del trasferimento dell'intestazione dei beni registrati e dei rapporti finanziari, del trasferimento dei dipendenti e del cambiamento di tutta la modulistica societaria. Prima di analizzare i profili contabili si illustra brevemente la disciplina civilistica applicabile alla fusione inversa alla quale sono applicabili tutte le disposizioni in tema di fusione.

In particolare si rileva quanto segue:

- la fase iniziale della procedura dell'operazione di fusione è rappresentata dalla redazione e approvazione del progetto di fusione da parte degli organi amministrativi di ogni società coinvolta nell'operazione. Il progetto, secondo quanto previsto dall'art. 2501-ter, comma 3, c.c. deve essere "depositato per l'iscrizione nel Registro delle imprese del luogo ove hanno sede le società partecipanti [...]" all'operazione o, in alternativa, pubblicato sul sito internet della società.

In base all'art. 2501-ter c.c. dal progetto di fusione devono, in ogni caso risultare:

- a) il tipo, la denominazione o la ragione sociale e la sede delle società partecipanti all'operazione;
- b) l'atto costitutivo della società risultante dalla fusione o di quella incorporante. Devono essere evidenziate anche le modifiche dovute all'operazione;
- c) il rapporto di cambio delle azioni o quote da assegnare ai soci delle società fuse - incorporate nonché l'eventuale conguaglio in denaro determinato sulla base di una ponderazione dei valori effettivi dei patrimoni delle società coinvolte;
- d) le modalità di assegnazione ai soci delle azioni o quote della società risultante dalla fusione - incorporante e la data a decorrere dalla quale partecipano agli utili;
- e) la data a decorrere dalla quale le operazioni delle società coinvolte sono imputate al bilancio della società risultante incorporante;
- f) l'eventuale trattamento riservato a particolari categorie di soci e ai possessori di titoli diversi dalle azioni;
- g) gli eventuali vantaggi previsti a favore dei soggetti ai quali è affidata l'amministrazione delle società partecipanti all'operazione.

Il progetto viene depositato unitamente alla documentazione prevista dagli artt. 2501-*quater* e *quinquies* c.c.

In particolare:

- a) ai sensi dell'art. 2501-*quater* c.c. si richiede agli amministratori delle società di redigere, con i medesimi criteri previsti per il bilancio, una situazione patrimoniale riferita ad "una data non anteriore di oltre centoventi giorni a quello in cui il progetto è depositato nella sede della società". In luogo del citato documento è possibile utilizzare il bilancio di esercizio "se questo è stato chiuso non oltre sei mesi prima del giorno del deposito" citato;
- b) in base all'art. 2501-*quinquies* c.c., gli amministratori devono redigere una relazione nella quale evidenziano le giustificazioni giuridiche ed economiche dell'operazione e i criteri di determinazione del rapporto di concambio;
- c) ai sensi del successivo art. 2501-*sexies* c.c. è richiesta per ciascuna società una relazione degli esperti, nella quale gli stessi esprimono un parere in merito ai metodi utilizzati per la determinazione del rapporto di cambio, unitamente alle eventuali criticità del processo, e all'adeguatezza dello stesso.

I soci o gli altri possessori di strumenti finanziari con diritto di voto in assemblea possono decidere, con voto unanime, di rinunciare alle citate relazioni e alla situazione patrimoniale. La citata documentazione, ai sensi dell'art. 2502 c.c., viene sottoposta all'approvazione delle assemblee delle società coinvolte che approvano il progetto di fusione in sede straordinaria, con i *quorum* previsti per la modifica dello statuto. In tale occasione sono deliberati anche gli aumenti di capitale e le riduzioni, ove necessari.

I verbali assembleari, redatti dai notai incaricati, sono depositati per l'iscrizione, nel Registro delle imprese competente, in base al luogo in cui ha sede ognuna delle società coinvolte, unitamente al progetto di fusione, alle citate relazioni e situazioni patrimoniali, se i soci non vi hanno rinunciato, e ai bilanci degli ultimi tre esercizi delle società partecipanti.

Successivamente al citato deposito, ai sensi dell'art. 2503 c.c., i creditori anteriori all'iscrizione hanno sessanta giorni (trenta se all'operazione non partecipano società con capitale rappresentato da azioni) per fare opposizione alla fusione di fronte al Tribunale. Quest'ultimo, qualora ritenga

fondati i timori dei creditori, può impedire l'operazione. Qualora, invece, ritenga che non sussista pericolo di pregiudizio per i creditori, può richiedere alle società idonee garanzie, quali le fidejussioni o altre misure per la tutela degli interessi degli oppositori. La conclusione della procedura avviene con la stipula, di fronte ad un notaio e nella forma di atto pubblico, dell'atto di fusione.

L'operazione ha effetto dall'ultima delle iscrizioni nel Registro delle imprese dell'atto e, una volta avvenuta, l'invalidità dell'operazione non può più essere dichiarata, salvo il diritto al risarcimento dei danni di chi si dimostrasse danneggiato dalle irregolarità commesse.

A tale data si realizzano gli effetti traslativi dei patrimoni, salva la possibilità, nel caso di fusione per incorporazione, di posticipare il momento di effetto dell'operazione, rispetto a quella di iscrizione dell'atto. È possibile anche, in base alla normativa sulla fusione, retrodatare la data a decorrere dalla quale le azioni o quote partecipano agli utili e quella di imputazione ai bilanci delle operazioni delle società coinvolte.

Una volta inquadrata la normativa applicabile alla fusione inversa si osserva che nell'esempio proposto si è ipotizzato anche che la società controllante Holding Spa abbia acquisito il 60% di Beta Spa ricorrendo all'indebitamento. In altri termini l'operazione avviene secondo lo schema del *leveraged buy out* e la successiva fusione è regolata dalle disposizioni dell'art. 2501-*bis* c.c.

In particolare per quanto riguarda il *leveraged buy out* si segnala che la struttura tipica dell'operazione implica la costituzione di un'apposita società veicolo (Holding Spa) nella quale vengono fatti confluire capitali propri e finanziamenti di terzi. Conseguentemente, sfruttando la leva finanziaria, correlata all'indebitamento, Holding Spa ha acquisito il 60% della società *target* (Beta Spa). Come precisato dall'Agenzia delle entrate nella circolare n. 6 del 30 marzo 2016 "tali operazioni di acquisizione con indebitamento (di seguito anche '(merger) leveraged buy out [...]'), pertanto si caratterizzano per l'esistenza di una sola causa, che è costituita dall'acquisizione di un'impresa o di una partecipazione che consenta il controllo della *target*".

Le operazioni di *leveraged buy out*, caratterizzate dal comune denominatore del

ricorso alla leva finanziaria per l'acquisizione di una partecipazione di controllo o di un'azienda, possono essere concepite con modalità diverse in quanto i soggetti che intraprendono l'iniziativa possono essere i manager interni o esterni alla società *target* o di un'altra appartenente o meno al gruppo, i dipendenti della stessa, la famiglia o un gruppo di speculatori.

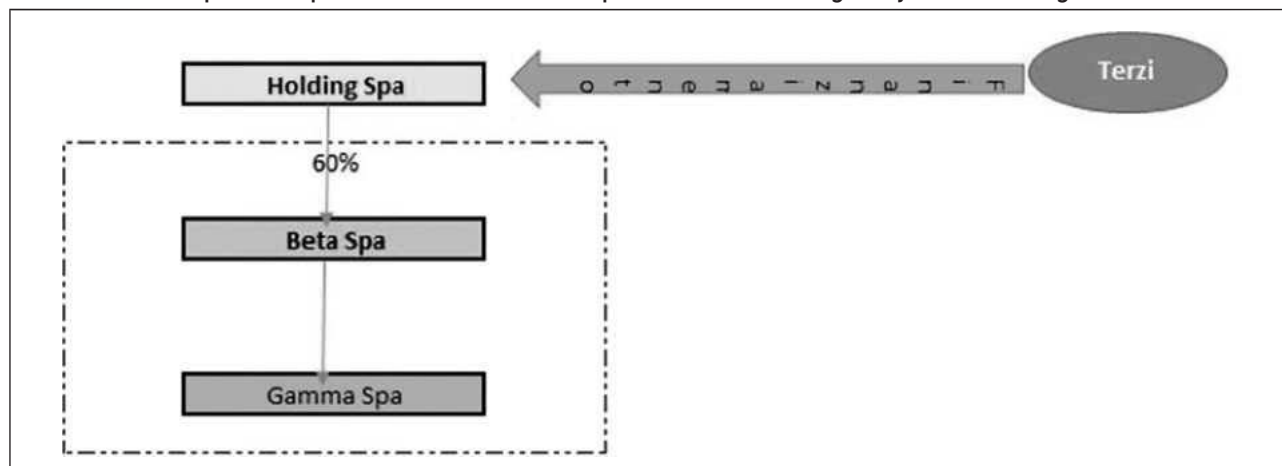
Per quanto riguarda la disciplina contenuta nel Codice civile si segnala che nell'art. 2501-*bis* è regolata tale tipologia di operazioni con riferimento alla fusione a seguito di acquisizione con indebitamento. In particolare per effetto della fusione, il patrimonio dell'incorporante costituisca garanzia per il rimborso del debito (1). In tal caso al fine di tutelare i soci di minoranza nella fusione con indebitamento sono imposti a carico dell'organo amministrativo una serie di obblighi di informativa destinati a consentire una puntuale percezione delle motivazioni dell'operazione e delle prospettive che la fusione offre in considerazione della traslazione dell'indebitamento sofferto dalla società veicolo per acquisire la società *target*. Infatti fin dal progetto di fusione gli amministratori devono spiegare il progetto strategico ed economico finanziario per consentire la valutazione della coerenza del *business plan* basato sulla citata operazione di acquisto con indebitamento e successiva fusione tra acquirente e acquisita.

#### Nota:

(1) In proposito si segnala la sentenza della Comm. trib. prov. Lombardia Milano, Sez. XXIV, sentenza 10 dicembre 2015, n. 1002 nella quale si precisa che "(...) Tale operazione risulta espressamente tipizzata dall'art. 2501-*bis* c.c., il quale detta una disciplina specifica applicabile quando, nel caso di fusione tra società una delle quali abbia contratto debiti per acquisire il controllo dell'altra, per effetto della fusione il patrimonio di quest'ultima viene a costituire garanzia generica o fonte di rimborso di detti debiti.

L'interesse che il legislatore ha inteso assecondare e tutelare è quello all'acquisto della partecipazione societaria di controllo attraverso uno schema che consente all'acquirente di non assumere direttamente l'obbligazione di pagamento del prezzo ovvero di rimborso del finanziamento ma di porre dette obbligazioni a carico della società c.d. *target*, previa sua fusione con la società V., obbligata al rimborso a seguito dell'acquisto della titolarità di tutti i rapporti giuridici (attivi e passivi) della società incorporata derivante dalla predetta fusione (...)".

Tavola 1 – Esempio di acquisizione mediante un'operazione di leverage buy out: sintesi grafica



### Profili contabili della fusione inversa e l'avanzo di fusione

Come anticipato il caso analizzato prevede che la controllante Holding Spa, che detiene il 60% di Beta Spa, sia incorporata in quest'ultima, mediante un'operazione di fusione inversa, a seguito della quale, insieme agli elementi dell'attivo dell'incorporata che vengono trasferiti, entrano a far parte del patrimonio dell'incorporante anche la partecipazione detenuta da Holding Spa. In altri termini, a seguito dell'operazione, Beta Spa detiene il 60% delle proprie azioni. Come osservato nel principio contabile OIC 4 - Fusione e scissione - tale situazione ha favorito la formazione di due orientamenti giurisprudenziali sull'applicabilità all'operazione in esame della disciplina sull'acquisto di azioni proprie. Di seguito le sentenze rappresentative dei diversi orientamenti:

a) la pronuncia del Tribunale di Milano, decreto 4 maggio 1999, in base alla quale "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 dell'art. 2357-ter del Codice civile o, comunque, che il patrimonio netto della società incorporante contenga valori corrispondenti a tale riserva". Conseguentemente in base a tale interpretazione non sarebbe possibile una fusione inversa se la controllata incorporante non avesse un patrimonio, sufficiente a stanziare una riserva per acquisto di azioni proprie di importo pari al valore

delle azioni proprie presenti nel bilancio della controllante incorporata (2);

b) la pronuncia della Corte d'Appello di Venezia, sentenza del 14 dicembre 1995, la cui massima prevede "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,

#### Nota:

(2) In proposito si segnalano le seguenti posizioni della dottrina: Secondo M.S. Spolidoro ("Incorporazione della controllante nella controllata e leveraged buyout, Nota a Trib. Milano 13 maggio 1999", in *Le Società*, n. 1/2000) "(...) è certo che la costituzione di una riserva azioni proprie non è condizione di legittimità della deliberazione di fusione (...)". Secondo V. Salafia ("Acquisto di azioni proprie ed iscrizione nel bilancio di esercizio di una società", in *Le Società*, 1999, pag. 1048) "(...) la rilevazione nella parte attiva dello stato patrimoniale di azioni proprie deve essere bilanciata al passivo con l'iscrizione di una riserva indisponibile o, in caso di impossibilità, con l'iscrizione di altra voce contabile di efficacia equivalente (...)". Secondo R. Nobili ("Osservazioni in tema di azioni proprie", in *Riv. soc.*, 1987, pag. 782) "(...) essendo disposta a garanzia dell'integrità del capitale sociale, la riserva va iscritta anche se la società incorporante non dispone di utili o di riserve disponibili in misura adeguata; in tal caso la costituzione della riserva potrà provocare una perdita del capitale (...)". Secondo G. De Petra ("Azioni proprie e diritto al concesso nel D.Lgs. n. 22/1991 e adeguamento alla III Direttiva CEE in materia di fusioni societarie", in *Riv. dir. comm.*, 1992, I, pag. 243 ss.) "(...) nel caso del n. 3) dell'art. 2357-bis del Codice civile, la mancata creazione di una riserva azioni proprie indisponibile nel bilancio post fusione dell'incorporante consentirebbe l'elusione della disciplina dell'acquisto di azioni proprie (...)".

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 di quote e quindi di acquisto di proprie quote da parte della società incorporante". Pertanto, in base a tale interpretazione, non si può parlare di acquisto di azioni proprie in quanto si realizzerrebbe immediatamente uno degli eventi di seguito descritti:

- i. l'annullamento delle azioni proprie e la contestuale ri-emissione di titoli azioni con contemporanea riduzione e aumento del capitale sociale per l'assegnazione di nuove azioni ai soci della controllante incorporata;
- ii. l'assegnazione immediata delle azioni proprie ai soci della controllante incorporata concambiando quelle possedute antecedentemente alla fusione. In questo caso il capitale dell'incorporante varia solo se le azioni proprie da assegnare non sono sufficienti per il concambio;
- iii. l'iscrizione nel bilancio della controllata incorporante delle azioni proprie nel rispetto dei limiti previsti dagli art. 2357 ss. c.c. In tal caso il capitale dell'incorporante viene aumentato per assegnare in concambio i titoli ai soci dell'incorporata.

I citati orientamenti devono essere rivisti alla luce delle novità introdotte con il D. Lgs. 18 agosto 2015, n. 139 che ha recepito la Direttiva 2013/34/UE. In particolare, con riferimento alle azioni proprie, il trattamento contabile viene allineato alla prassi internazionale con effetto dai bilanci relativi agli esercizi che iniziano dal 1° gennaio 2016 e, in base al nuovo art. 2357-ter c.c., "L'acquisto di azioni proprie comporta una riduzione del patrimonio netto di eguale importo, tramite l'iscrizione nel passivo del bilancio di una specifica voce, con segno negativo". Conseguentemente non è più consentita l'iscrizione nell'attivo di bilancio delle azioni proprie in quanto il corrispettivo pagato o ricevuto deve essere rilevato a

riduzione del patrimonio netto. Ne consegue la necessità di valutare se tale iscrizione non possa azzerare o addirittura portare in negativo il patrimonio netto comportando l'esigenza di ricapitalizzare la società.

L'assegnazione delle azioni della controllata ai soci della controllante, in teoria può avvenire con ciascuna delle citate tre modalità, ma, in pratica, la soluzione preferibile è quella dell'annullamento delle azioni proprie.

Dal punto di vista operativo si segnala che nella fusione inversa con partecipazione non totalitaria si devono considerare i seguenti elementi:

- a) è necessario determinare i valori economici effettivi dei patrimoni al fine di quantificare il rapporto di concambio;
- b) quando si determina la quota da attribuire ai soci della controllante incorporata si deve considerare che è a loro attribuibile sia il valore effettivo della società di cui detengono le azioni (Holding Spa) sia quello riconducibile alla partecipazione che la citata società possiede nella controllata incorporante (Beta Spa);
- c) le differenze di annullamento devono essere rilevate secondo i medesimi criteri di calcolo adottati nel caso di fusione per incorporazione classica;
- d) il valore contabile *post* fusione dell'attivo e del passivo e il patrimonio netto della controllata incorporante devono corrispondere al valore contabile complessivo *post* fusione che sarebbe emerso in capo alla controllante nella fusione diretta.

Passando all'esempio, come detto, Holding Spa ha una partecipazione del 60% in Beta Spa e si procede all'incorporazione della prima nella seconda. Si evidenzia che in questo caso sono presenti i soci di minoranza (40% del capitale) ai quali, alla luce delle considerazioni espresse nel presente paragrafo, deve essere attribuito parte del capitale della società *post* fusione mentre le azioni proprie, pervenute a seguito della fusione inversa a Beta Spa, devono essere annullate a fronte della quota da esse rappresentata del patrimonio netto di Beta Spa.

Emergono, di conseguenza, le differenze di fusione sotto forma di avanzo o disavanzo.

Si ipotizzino i dati riportati nelle Tavole 2, 3 e 4.

**Tavola 2 - Informazioni relative a Holding Spa e Beta Spa**

Informazione	Holding Spa	Beta Spa
Numero di azioni in circolazione	120.000	120.000
Valore economico della società	145.100	250.000
Incidenza sulla società <i>post</i> fusione	37%	63%

**Tavola 3 - Società Holding Spa: dati**

Attività	90.000,00	
Partecipazione in Beta Spa 60%	150.000,00	
Passività		94.900,00
Capitale sociale		120.000,00
Riserve		25.100,00
<b>Totale</b>	<b>240.000,00</b>	<b>240.000,00</b>

**Tavola 4 - Società Beta Spa: dati**

Attività	258.000,00	
Passività		87.000,00
Capitale sociale		120.000,00
Riserve		51.000,00
<b>Totale</b>	<b>258.000,00</b>	<b>258.000,00</b>

La realizzazione dell'operazione comporta le seguenti valutazioni contabili:

- 1) incorporazione e acquisizione da parte di Beta Spa del 60% delle azioni proprie. Si procede quindi all'annullamento delle stesse e del 60% del patrimonio di Beta Spa (102.600,00) a seguito del quale emerge un disavanzo da annullamento pari ad euro 47.400,00;
- 2) si determinano i valori riportati in Tavola 5.

**Tavola 5 - Valori determinati**

Quota di patrimonio netto di Beta da concambiare (40%)	68.400,00
Valore di Holding Spa posseduto dai suoi soci (100%)	145.100,00
Valore di Beta Spa posseduto indirettamente dai soci di Holding Spa (60%)	150.000,00
Percentuale della nuova società posseduta dai soci di Holding Spa	75%

In base alle informazioni ricavate emerge che il capitale di Beta Spa *post* fusione sarà attribuito per il 75% ai soci di Holding Spa estinta e per il 25% ai vecchi soci di Beta Spa.

Conseguentemente Beta Spa deve deliberare un aumento di capitale per ottenere la citata ripartizione. Al fine di quantificare tale incremento è necessario impostare la proporzione riportata in Tavola 6.

**Tavola 6 - Determinazione dell'aumento di capitale**

Numero totale delle azioni <i>post</i> fusione	:	Azioni di Beta esistenti di proprietà dei soci di minoranza	=	Intero capitale sociale di Beta in percentuale	:	Percentuale di proprietà dei soci di minoranza di Beta nella società <i>post</i> fusione
X	:	48.000	=	100%	:	25%

Essendo X pari a 189.648, il numero di nuove azioni da emettere per essere attribuite ai soci di Holding Spa è pari a 141.648.

- 3) Determinazione a fronte dell'aumento di capitale e dell'annullamento del patrimonio netto di Holding Spa pari ad euro 145.100,00, della differenza da fusione pari ad un avanzo da concambio di euro 3.452.

La situazione *post* fusione della società è quella riscontrabile in Tavola 7.

**Tavola 7 - Società Beta Spa *post* fusione**

Attività	348.000,00	
Partecipazione in Beta SPA 60%		
Passività		181.900,00
Capitale sociale		189.648,00
Riserve		20.400,00
Disavanzo da fusione da annullamento	47.400,00	
Avanzo da concambio		3.452,00
<b>Totale</b>	<b>395.400,00</b>	<b>395.400,00</b>

Come si vede nel caso in esame sono emersi sia un disavanzo che un avanzo di fusione.

### Il trattamento fiscale del merger buy out e le implicazioni sul consolidato fiscale

Si prosegue considerando due profili dell'operazione così come strutturata:

- a) le implicazioni fiscali delle operazioni di *merger leveraged buy out*;
- b) le possibili implicazioni sul consolidato fiscale dell'operazione di fusione inversa sia sotto il profilo della sua continuazione sia sotto il profilo del trattamento degli oneri finanziari sostenuti dalla controllante incorporata (Holding Spa) trasferiti alla controllata - incorporante - consolidante (Beta Spa).

Per quanto riguarda la prima tematica risulta opportuno fare riferimento alla recente circolare n. 6 del 30 marzo 2016 (3) nella quale sono stati forniti chiarimenti sul trattamento fiscale delle operazioni di acquisizione con indebitamento. In particolare l'Agenzia nella citata circolare riesamina la propria posizione sulla natura elusiva della complessiva operazione di acquisizione con indebitamento e successiva fusione inversa, come sopra delineata. Le contestazioni che l'Agenzia muoveva in sede di accertamento riguardavano la finalità della struttura dell'operazione che, se pur basata su strumenti leciti, mirava a conseguire la deduzione degli interessi passivi e lo scomputo delle perdite dal reddito della società incorporante controllata.

Mutando il proprio orientamento l'Agenzia delle entrate riconosce che la fusione, anche inversa, rappresenta il logico epilogo dell'operazione in esame, necessario anche per garantire ai creditori il rimborso del loro credito. Ne consegue il riconoscimento delle finalità extrafiscali perseguite dall'operazione, la cui struttura può essere richiesta dagli stessi finanziatori terzi, e del fatto che difficilmente potrebbe essere considerata finalizzata essenzialmente al conseguimento di indebiti vantaggi fiscali, così come già riconosciuto dalla giurisprudenza (4).

Allineandosi alle posizioni già espresse dalla giurisprudenza l'Agenzia invita quindi gli Uffici ad abbandonare le contestazioni relative alla deduzione degli oneri finanziari nell'ambito delle citate operazioni a patto che non si riscontrino altri profili di artificiosità come ad esempio quelle nelle quali l'acquisizione con

indebitamento è realizzata dai medesimi soggetti che già controllano, direttamente o indirettamente, la società *target* (5).

#### Note:

(3) La circolare è intitolata "Chiarimenti in merito al trattamento fiscale delle 'operazioni di acquisizione con indebitamento' - La deducibilità degli interessi passivi ed il trattamento delle componenti reddituali destinate a soggetti localizzati in Paesi esteri".

(4) Sul punto si segnala la sentenza della Comm. trib. prov. Lombardia Milano, Sez. XXIV, sentenza 10 dicembre 2015, n. 1002 nella quale si precisa che "(...) in materia tributaria, il divieto di abuso del diritto si traduce in un principio generale antielusivo, che preclude al contribuente il conseguimento di vantaggi fiscali ottenuti mediante l'uso distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un'agevolazione o un risparmio di imposta, in difetto di ragioni economiche apprezzabili che giustificano l'operazione, diverse alla mera aspettativa di quei benefici. Ne consegue che il carattere abusivo di un'operazione va escluso quando sia individuabile una compressa, non marginale, di ragioni extrafiscali, che non si identificano necessariamente in una redditività immediata dell'operazione medesima ma possono rispondere ad esigenze di natura organizzativa e consistere in un miglioramento strutturale e funzionale dell'azienda" (Sez. 5, sentenza n. 1372 del 21 gennaio 2011; Sez. 5, sentenza n. 4604 del 26 febbraio 2014; Sez. 5, sentenza n. 405 del 14 gennaio 2015).

In altri termini, non basta dimostrare che una determinata operazione abbia realizzato un vantaggio fiscale per affermarne il carattere abusivo o elusivo dell'operazione stessa, occorrendo altresì che emerga l'assenza di valide ragioni giustificatrici di questa, non necessariamente ascrivibili ad un'immediata remunerazione economica, ma individuabili anche sui piani diversi dell'organizzazione, degli assetti proprietari e sociali dell'impresa (...).

(5) Sul punto si segnala la sentenza della Comm. trib. prov. Lombardia Milano, Sez. I, sentenza 14 febbraio 2014, n. 1527: "(...) In primo luogo si osserva che scopo della operazione è quello di pervenire ad un nuovo assetto societario mediante la sostituzione di soci, evidentemente non più interessati alla gestione societaria, con altri soci, costituito in prevalenza da fondo comune di investimento, apportatore di nuovi capitali e garante per ottenere nuovi finanziamenti bancari, destinati non solo a portare a termine l'operazione di MLBO mediante l'utilizzazione di una ridotta quantità di capitale di finanziamento e mediante una rilevante somma quale finanziamento infruttifero, ma destinati anche alla ristrutturazione del debito in capo al gruppo per complessivi euro 310.000.000 come evidenziato nella stessa motivazione dell'avviso di accertamento.

Non vi è dubbio, inoltre, che l'operazione è avvenuta tra soggetti terzi, tra loro indipendenti; rispettando le condizioni di mercato; senza l'utilizzo di strutture societarie o enti localizzati in stati esteri a fiscalità privilegiata; ha determinato un effettivo e incontestabile mutamento degli assetti societari; tali fatti sono già sufficienti e dimostrano che l'operazione non è stata effettuata al solo scopo di pervenire ad un risparmio di imposta. (...).

Una volta superato il tema della possibile contestabilità dell'operazione sotto il profilo elusivo, anche per quanto riguarda i limiti anti-elusivi al riporto delle perdite e degli interessi passivi, di cui all'art. 172, comma 7, del T.U.I.R., per la disapplicazione dei quali è obbligatorio presentare interpello disapplicativo ai sensi dell'art. 11, comma 2, della Legge 27 luglio 2000, n. 212, si trasferisce l'attenzione sulle implicazioni dell'incorporazione della controllante incorporata sul consolidato fiscale e sul trattamento degli oneri finanziari correlati ai finanziamenti utilizzati per acquisire la partecipazione.

Per quanto riguarda i rapporti tra il consolidato fiscale e le operazioni straordinarie e, in particolare la fusione inversa, la norma di riferimento è rappresentata dall'art. 119, comma 2, del T.U.I.R. nel quale si prevede che "Non viene meno l'efficacia dell'opzione nel caso in cui per effetto di operazioni di fusione, di scissione e di liquidazione volontaria si determinano all'interno dello stesso esercizio più periodi d'imposta. Il Decreto di cui all'art. 129 [ovvero il D.M. 9 giugno 2004] stabilisce le modalità e gli adempimenti formali da porre in essere per pervenire alla determinazione del reddito complessivo globale".

Per quanto riguarda, poi, le fusioni, si devono considerare gli artt. 11 e 13 del D.M. 9 giugno 2004 rispettivamente per le operazioni che non interrompono e che interrompono la tassazione di gruppo. Le diverse casistiche sono state illustrate nella circolare dell'Agenzia delle entrate n. 53/E del 20 dicembre 2004, par. 7.3. In particolare le operazioni che non comportano l'interruzione della tassazione di gruppo hanno come caratteristica comune quella di non comportare il cambiamento del rapporto di controllo originario sulla società interessata dall'operazione.

Si possono verificare i seguenti casi:

- a) fusione tra società consolidate nella quale, dopo l'operazione, la consolidante continua a mantenere il controllo in termini di partecipazione al capitale, agli utili e di diritti di voto esercitabili in assemblea ordinaria;
- b) fusione tra consolidante e una o più consolidate a seguito della quale si realizza l'estinzione della tassazione di gruppo tra i soggetti interessati, senza che si verifichino le conseguenze dell'interruzione del consolidato fiscale di cui all'art. 124 del T.U.I.R.;

c) fusione inversa per incorporazione della consolidante in una consolidata che comporta la permanenza della tassazione di gruppo nei confronti delle altre consolidate;

d) fusione per incorporazione di società non inclusa nel consolidato in una consolidata o nella consolidante. L'operazione non interferisce con la tassazione di gruppo sempre che ne permangano i requisiti.

Alla luce di quanto sopra, quindi, l'operazione di fusione inversa della controllante non consolidante nella controllata consolidante non comporta l'interruzione della tassazione di gruppo in quanto non comporta un mutamento del rapporto di controllo tra Beta Spa e Gamma Spa. Si prendano, infine, in esame le implicazioni sugli interessi passivi dell'incorporazione della controllante Holding Spa nella controllata consolidante Beta Spa ipotizzando che Holding Spa abbia oneri finanziari indeducibili, oggetto di riporto in avanti ai sensi dell'art. 96, comma 4 del T.U.I.R. (6) ovvero deducibili, nei periodi di imposta successivi nei limiti del 30% del risultato operativo lordo (7).

In proposito si ricorda che nell'operazione in esame si applicano i limiti antielusivi al riporto delle perdite e degli interessi passivi, di cui all'art. 172, comma 7, del T.U.I.R. ai sensi del quale le perdite fiscali e gli interessi passivi indeducibili nell'esercizio possono essere portati in diminuzione del reddito della società risultante dalla fusione o incorporante, per la parte del loro ammontare che non eccede

#### Note:

(6) Art. 96, comma 4 del T.U.I.R.: "4. Gli interessi passivi e gli oneri finanziari assimilati indeducibili in un determinato periodo d'imposta sono dedotti dal reddito dei successivi periodi d'imposta, se e nei limiti in cui in tali periodi l'importo degli interessi passivi e degli oneri assimilati di competenza eccedenti gli interessi attivi e i proventi assimilati sia inferiore al 30% del risultato operativo lordo di competenza".

(7) Art. 96, comma 2 del T.U.I.R.: "Per risultato operativo lordo si intende la differenza tra il valore e i costi della produzione di cui alle lett. A) e B) dell'art. 2425 del Codice civile, con esclusione delle voci di cui al numero 10, lett. a) e b), e dei canoni di locazione finanziaria di beni strumentali, così come risultanti dal conto economico dell'esercizio; per i soggetti che redigono il bilancio in base ai principi contabili internazionali si assumono le voci di conto economico corrispondenti. Ai fini del calcolo del risultato operativo lordo si tiene altresì conto, in ogni caso, dei dividendi incassati relativi a partecipazioni detenute in società non residenti che risultino controllate ai sensi dell'art. 2359, comma 1, n. 1), del Codice civile".



quello del rispettivo patrimonio netto quale risulta dall'ultimo bilancio o, se inferiore, dalla situazione patrimoniale di cui all'art. 2501-*quater* del Codice civile, senza tener conto dei conferimenti e versamenti fatti negli ultimi ventiquattro mesi anteriori alla data cui si riferisce la situazione stessa. L'ulteriore condizione che si deve verificare per il riporto è che dal Conto Economico della società, le cui perdite sono riportabili, relativo all'esercizio precedente a quello in cui la fusione è stata deliberata, risulti un ammontare di ricavi e proventi della gestione caratteristica, e un ammontare delle spese per prestazioni di lavoro subordinato e relativi contributi superiore al 40% di quello risultante dalla media degli ultimi due esercizi anteriori. Ipotizzando che la consolidante incorporante Beta Spa *post* fusione possa riportare gli interessi passivi dell'incorporata Holding Spa, compresi quelli tra l'inizio del periodo di imposta e la data in cui ha effetto la fusione, ai sensi dell'art. 172, comma 8, del T.U.I.R., ai fini della loro deducibilità nell'ambito del consolidato fiscale si deve tener presente il disposto dell'art. 96, comma 7, del T.U.I.R. In particolare secondo tale disposizione le società che aderiscono al consolidato fiscale possono portare l'eventuale eccedenza di interessi passivi e oneri assimilati indeducibili generatisi in capo ad un soggetto (Beta Spa) in abbattimento del reddito complessivo di gruppo se e nei limiti in cui altri soggetti partecipanti al consolidato (Gamma Spa) dispongano, per il medesimo periodo di imposta, di un risultato operativo lordo capiente non utilizzato. Pertanto se Gamma Spa ha interessi passivi inferiori al 30% del risultato operativo lordo la stessa potrà cedere la quota eccedente, non utilizzata individualmente, al consolidato e a Beta Spa *post* fusione che registra un'eccedenza di interessi passivi indeducibili. Tale opportunità, però, è riconosciuta solo alle eccedenze di interessi passivi formati in costanza di tassazione consolidata in quanto, quelle antecedenti all'opzione per il consolidato, possono essere assorbite unicamente dalle società che le hanno generate mediante l'utilizzo del risultato operativo lordo individuale. Conseguentemente, essendo considerate le eccedenze di interessi passivi riportabili formati in capo a Holding Spa in periodi

antecedenti al consolidato, le medesime potranno essere dedotte unicamente in capo a Beta Spa.

## Conclusione

Come evidenziato nel presente intervento la fusione inversa rappresenta una modalità alternativa per raggiungere la medesima situazione che è possibile ottenere mediante l'incorporazione della controllata nella controllante (fusione per incorporazione) ma risulta essere maggiormente efficiente sotto il profilo amministrativo. Per quanto riguarda gli aspetti contabili si deve sempre tenere presente che, per il principio della prevalenza della sostanza sulla forma, la situazione finale è analoga nelle due configurazioni dell'operazione straordinaria. Inoltre quando si progetta l'operazione è necessario valutarne il coordinamento con la normativa fiscale applicabile al fine di evitare di incorrere in contestazioni successive da parte dell'Agenzia delle entrate.

### Per approfondimenti

#### Di altri autori vedi anche...

- M. Bargagli, "Operazioni di indebitamento e deducibilità degli interessi passivi", in *Amministrazione & Finanza*, n. 6/2016.
- E. Ribacchi, "Gli aspetti fiscali delle operazioni di 'Merger Leveraged Buy Out' (MLBO)", in *Pratica Fiscale e Professionale*, n. 20/2016.