RICCARDO PEROTTA E GIANMARIA GAREGNANI

TEMI SPECIALI DI BILANCIO

Collana Economica

EDIZIONI CUSL

INDICE

Premessa ..... pag. 1

La Cessione di azienda ..... pag. 3

Il Conferimento ..... pag. 17

L'Affitto d'azienda ..... pag. 67

La Fusione ..... pag. 103

La Scissione ..... pag. 159

La Trasformazione ..... pag. 209

Appendice Normativa:

Disposizioni per l'attuazione del codice civile e disposizioni transitorie ..... pag. 223

Codice civile ..... pag. 223

T.U.I.R. (D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917) ..... pag. 235

Legge 7 gennaio 1929, n. 4 ..... pag. 251

D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633 ..... pag. 252

D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 ..... pag. 255

D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602 ..... pag. 255

D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131 ..... pag. 256

D.P.R. 4 febbraio 1988, n. 42 ..... pag. 258

Legge 29 dicembre 1990, n. 408 ..... pag. 258

Legge 30 dicembre 1991, n. 413 ..... pag. 258

Legge 19 febbraio 1992, n. 142 ..... pag. 260

D. lgs. 30 dicembre 1992, n. 544 ..... pag. 261

PREMESSA

Il volume, rivisto ed aggiornato rispetto all'edizione di ottobre 1993, è concepito come supporto didattico al corso di "Temi Speciali di bilancio"; si propone di illustrare allo studente alcune particolari operazioni aziendali - le cosiddette "operazioni straordinarie" - nei loro risvolti di calcolo economico e di rappresentazione contabile. In particolare sono state esaminate la cessione, il conferimento, l'affitto d'azienda, la fusione, la scissione e la trasformazione.

Riguardo a tali operazioni sono state prese in considerazione anche le più rilevanti problematiche civilistiche e fiscali.

Gianmaria Garegnani, oltre ad aver curato con il sottoscritto l'impostazione dell'intero volume, ha redatto i capitoli relativi alla cessione d'azienda e alla trasformazione; Patrizia Riva ha curato la parte relativa alla fusione ed al conferimento, Daniela Travella si è occupata dell'affitto d'azienda; Gianluca Guercilena e Silvia Angeloni hanno curato, infine, la parte relativa alla scissione.

Università "Luigi Bocconi"

Ottobre 1994 *Riccardo Perotta*

LA FUSIONE

SOMMARIO: **A - DESCRIZIONE DELL'OPERAZIONE. B - ASPETTI CIVILISTICI. - 1. Natura giuridica dell'operazione: conseguenze delle diverse interpretazioni. - 2. Ambito di applicazione. - 3. Aspetti procedurali. 3.1. Fase preparatoria alla delibera di fusione. 3.1.1. Il progetto di fusione. 3.1.2. La relazione degli amministratori. 3.1.3. La situazione patrimoniale. 3.1.4. La relazione degli esperti. 3.1.5. Il deposito degli atti. 3.2. La delibera di fusione. 3.3. La tutela dei terzi creditori e degli obbligazionisti. 3.4. L'atto di fusione e i suoi effetti. 3.5. Il divieto di assegnazione di azioni o quote. 3.6. Il regime di invalidità della fusione. 3.7. L'incorporazione di società interamente posseduta. - C - PROBLEMI DI VALUTAZIONE E DI RAPPRESENTAZIONE IN BILANCIO. - 4. La chiusura dei conti delle società partecipanti o incorporate e la riapertura in capo alla società risultante o incorporante. 5. Il rapporto di cambio: determinazione e significato. 6. Le differenze di fusione: origine e significato economico. 6.1 Le differenze da partecipazione. 6.2. Le differenze da concambio - ESERCITAZIONE - Caso ALFA: fusione per incorporazione di società interamente posseduta. - Caso BETA: fusione per incorporazione tra società non collegate. - Caso GAMMA: fusione per incorporazione di società collegata. D - ASPETTI FISCALI. - 7. Il principio di neutralità fiscale. - 8. Il trattamento tributario delle differenze di fusione. 8.1. Il disavanzo da partecipazione. 8.2. Il disavanzo da concambio. 8.3. L'avanzo da concambio. 8.4. L'avanzo da partecipazione. - 9. Il principio del subentro. 9.1. Il regime dei fondi in sospensione di imposta. 9.2. Il riporto delle perdite. - 10. Gli effetti fiscali della fusione; la dichiarazione dei redditi delle società fuse o incorporate. - 11. La normativa anti-elusione. - 12. Le imposte dirette. 12.1. L'imposta sul valore aggiunto. 12.2. L'imposta di registro. 12.3. L'imposta comunale sull'incremento di valore degli immobili. 12.4. Le imposte ipotecarie e catastali.**

A - DESCRIZIONE DELL'OPERAZIONE.

La concentrazione economica è una delle caratteristiche delle società industriali contemporanee; molti sono gli strumenti cui le imprese possono ricorrere per unire le loro forze: uno di questi è la fusione.

Esistono due forme di fusione: la fusione propria e la fusione per incorporazione. Nel primo caso due società A e B si uniscono dando origine ad un nuovo soggetto C. Nel secondo caso, invece, si ha il confluire di un soggetto nell'altro, ad esempio di A in B, con la conseguenza che dopo la fusione "rimarrà in vita"[1] soltanto la società B. In Italia quasi tutte le operazioni di fusione poste in essere appartengono alla seconda categoria; la scelta è legata soprattutto alla minore onerosità fiscale della imposta di

---

(1) L'espressione è imprecisa da un punto di vista giuridico, come si dimostrerà nella prossima parte, in quanto, secondo la più recente dottrina, la fusione va interpretata come l'unione di due o più soggetti: si può dunque affermare che entrambe - incorporante e incorporata - sopravvivono pur confondendosi di fatto in una unica realtà societaria.

registro.

I fini perseguiti con la fusione sono molteplici. Con la stessa, infatti si raggiunge l'aggregazione delle strutture aziendali e quindi diviene possibile da un lato la razionalizzazione e il coordinamento dei processi produttivi già operanti, e dall'altro la ricerca di equilibri strategici e organizzativi nuovi. Sotto l'aspetto della integrazione economico - produttiva è necessario distinguere tra fusioni che coinvolgono società concorrenti (le cosiddette "fusioni orizzontali") e fusioni tra società che operano in stadi diversi, ma fra loro collegati, finalizzati alla produzione dello stesso bene (le cosiddette "fusioni verticali"). Nel primo caso l'operazione è posta in essere per ottenere obbiettivi di tipo dimensionale: unendo le loro capacità produttive le società raggiungono un migliore posizionamento sul mercato. Ciò è funzionale anche alla diminuzione dei costi conseguente allo sfruttamento delle economie di scala. Nel secondo caso, invece, entrano in gioco considerazioni inerenti sia il conseguimento di diminuzioni di costi, quanto il raggiungimento di migliori livelli qualitativi nella produzione.

Rilevante è anche una considerazione di ordine finanziario, fondamentale criterio guida nella scelta tra i diversi strumenti di aggregazione aziendale cui ricorre l'impresa che vuole attuare una strategia di crescita esterna: mentre nella acquisizione di azienda si è in presenza di uno scambio "beni organizzati contro prezzo", nella fusione è possibile ottenere effetti simili senza utilizzare direttamente le risorse finanziarie. Si è infatti in presenza di uno scambio "titoli contro titoli": la società incorporante emette azioni nuove, che vengono consegnate ai soci della incorporata, a fronte dell'annullamento delle azioni della incorporata stessa e quindi dell' "apporto" di questi.

Con la fusione è possibile raggiungere obbiettivi in termini di internazionalizzazione della attività aziendale: anche il legislatore tributario si è dimostrato sensibile alla problematica dando tempestivamente attuazione alla decima direttiva comunitaria relativa alle fusioni transfrontaliere, ossia alle fusioni effettuate tra società appartenenti a stati membri della Comunità Europea.

Notevole importanza assume inoltre l'operazione in esame se la si considera come strumento di razionalizzazione nell'ambito dei gruppi di imprese: possono in particolare presentarsi situazioni in cui si rende

necessario "consolidare il controllo societario"[2] ossia eliminare i livelli di controllo intermedi nell'organigramma che rappresenta idealmente la struttura del gruppo.

B - ASPETTI CIVILISTICI.

1- Natura giuridica dell'operazione: conseguenze delle diverse interpretazioni.

La definizione della natura giuridica dell'istituto in esame rappresenta una tematica estremamente dibattuta in dottrina. Una attenta disamina delle diverse posizioni assunte è un punto fondamentale per impostare correttamente l'intera analisi dell'operazione di fusione. Due sono i grandi filoni dottrinali che si presentano a un primo livello di analisi, anche se poi gli autori tendono a dividersi formulando soluzioni diverse: *la teoria dell'estinzione - creazione e la teoria dell'unione.*

Secondo la prima di queste interpretazioni la fusione comporta la sostituzione con nuove società o società incorporanti di società che si fondono o di società incorporate, le quali si estinguono. Si verifica così un triplice ordine di effetti: un effetto successorio, un effetto estintivo delle società fuse o incorporate, e un effetto costitutivo che si manifesta con la creazione di un nuovo soggetto cui imputare - l'incorporante o risultante - tutte le situazioni giuridiche proprie delle società incorporate o partecipanti.

La teoria dell'estinzione-creazione è stata sottoposta a forti critiche[3]: si è detto che è il frutto di una visione antropomorfica della società e che è contraria alla finalità propria della fusione individuabile in una volontà di accrescimento e non di un "suicidio volontario". E' nata così una nuova interpretazione dottrinale dell'istituto, largamente accettata ancorché non

---

(2) L'espressione è utilizzata da P. Jovenitti in *Le operazioni di finanza straordinaria*, in *Trattato di economia delle aziende industriali*, 1988.

(3) SIMONETTO E., *Trasformazione e fusione di società* in *Commentario del diritto*, diretto da Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1969, pagg.159 e ss.

fatta propria dalla giurisprudenza: la *teoria dell'unione*. Con la fusione non si ha né estinzione né creazione, ma solo modificazione dell'atto costitutivo, consistente nella riunione di una pluralità di atti costitutivi in un atto costitutivo unitario, con conseguente acquisto di nuovi soci e perdita della individualità delle singole società.

Notevoli sono le conseguenze pragmatiche di questa visione: dato che con la fusione "tutto si conserva modificandosi", nel senso che si ha una semplice modificazione e integrazione dei contratti sociali e non una sostituzione di un contratto all'altro, non viene quasi mai intaccata l'efficacia rispetto ai rapporti facenti capo alle società partecipanti alla fusione.

2 - Ambito di applicazione.

La fusione, come risulta dalla rubrica della sezione seconda del capo ottavo del codice civile, può essere attuata tra due o più società. Questa affermazione di principio è confermata dall'art. 2501 nel quale è rintracciabile l'espressione "la fusione di società". Dottrina e giurisprudenza intendono la norma in senso più ampio. L'operazione è ammessa senza dubbio nell'ambito delle due categorie: entità con fine lucrativo ed entità con fine mutualistico. Sono però necessarie alcune puntualizzazioni.

Non sono ammesse fusioni fra *imprese individuali* e società; in questa particolare situazione, infatti, pur sussistendo identità di scopo, l'operazione assume le caratteristiche di semplice apporto di beni organizzati - l'azienda - da parte dell'imprenditore individuale nella società medesima.

Seguendo questi criteri si deve concludere che è ammessa la fusione tra *associazioni,* mentre non è ammessa la fusione eterogenea tra una associazione e una società: nel primo caso si ha infatti omogeneità di scopo, nel secondo no. Se si ammettessero fusioni eterogenee tra società e associazioni, inoltre, si eluderebbe la norma che prevede la intrasformabilità delle prime nelle seconde e viceversa, dato che una fusione eterogenea implica inevitabilmente una trasformazione.

Diverso è il discorso se si considerano le *società cooperative.* Certamente è possibile la fusione omogenea tra società con fine mutualistico. Per quanto concerne le operazioni eterogenee - teoricamente inammissibili - ci si deve riferire al dettato dell'art. 14 della L. 17 febbraio 1971 n. 127 il quale recita "Le società cooperative non possono essere trasformate in società ordinarie anche se tale trasformazione sia deliberata

all'unanimità". Poiché - come già visto per le associazioni - il regime della trasformazione si deve riflettere specularmente in quello della fusione, onde evitare di utilizzare il secondo istituto come facile espediente per ignorare le norme stabilite per il primo, restano del tutto escluse applicazioni dell'operazione nei casi in cui dall'unione di una cooperativa e di una società lucrativa derivi una società lucrativa. Nulla di esplicito dice la norma nel senso opposto ed è pertanto accettata una configurazione della operazione che veda come risultante o incorporante una società cooperativa. A conferma di questo può essere letto l'art. 2538 il quale non sembra escludere una tale possibilità, là dove recita: "La fusione di società cooperative è regolata dalle disposizioni dell'art. 2501 a 2504 decies".

Passiamo ora all'analisi del caso più semplice della fusione tra società lucrative.

Ci si chiede se sia ammissibile una fusione cui partecipano *una o più società semplici.* L'aspetto fondamentale è il fatto che le società semplici non sono soggette a registrazione e quindi sorgono problemi riguardo sia alle forme di pubblicità richieste per il procedimento di fusione, che, di conseguenza, alla possibilità per i creditori di adottare il rimedio dell'opposizione[4].

In realtà, da una parte, si deve sottolineare che il fine perseguito con il regime di pubblicità è in generale la tutela dei creditori contro l'eventualità di un peggioramento della loro posizione a causa della compenetrazione dei patrimoni e quindi del concorso di nuovi creditori; dall'altra parte, si deve, per contro, ricordare che il legislatore civilistico non si è mai preoccupato della posizione dei creditori della società semplice. Se ne deduce allora che la mancanza di applicazione del regime pubblicitario non rende impossibile l'applicazione dell'istituto, quanto meno nel caso di fusione omogenea tra società semplici.

Se alla operazione partecipa anche una società lucrativa di diverso tipo il problema si complica, perché è necessario tutelare gli interessi dei creditori di questa ultima società. La fusione è in questo caso ammessa, ma parte della dottrina afferma che sarà in ogni caso necessario procedere ad una forma di "pubblicità indiretta" allegando la documentazione relativa alla società semplice a quella dell'altra società. Le stesse considerazioni ora

---

(4) Si rimanda alle pagine successive per una approfondita analisi della procedura di fusione.

esposte valgono nel caso in cui alla fusione partecipino *società irregolari*.

Ci si chiede se nel caso in cui si fondono *più società di diverso tipo* e quindi si verifichi una trasformazione per le società appartenenti a un tipo diverso rispetto a quello risultante, si debbano applicare sia le norme relative alla fusione quanto quelle relative alla trasformazione.

La risposta è positiva e comporta tre rilevanti conseguenze. Prima di tutto si ha l'applicazione dell'art. 2499 attinente alla responsabilità dei soci. Non si ha cioè liberazione dei soci per le obbligazioni sociali anteriori alla delibera a meno che non risulti che i creditori sociali abbiano dato il loro consenso alla trasformazione[5]. In secondo luogo, proprio in considerazione di quanto ora affermato, nel caso in cui si desideri sollecitare il consenso dei creditori per attuare la fusione prima dello scadere del termine per l'opposizione, si dovrà, non solo ottenere - come vedremo - il consenso alla fusione, ma anche quello alla trasformazione. L'uno non implica infatti l'altro, potendo il creditore essere favorevole alla attuazione della fusione, ma non alla liberazione dei soci illimitatamente responsabili. In terzo luogo si dovranno rispettare le norme relative alla trasformazione con riferimento, da un lato alle maggioranze necessarie per deliberare l'operazione stessa e dall'altro al regime del diritto di recesso. Poiché è nullo qualsiasi patto teso a restringere il diritto del socio di recedere dalla società, anche quando la trasformazione avviene in occasione di una fusione, il socio mantiene tale facoltà, facoltà che non gli spetterebbe invece se la fusione avvenisse all'interno della stessa tipologia sociale.

Il D. Lgs. n. 22/91 ha risolto il problema della compatibilità tra fusione e, da un lato lo *stato di liquidazione*, dall'altro le *procedure concorsuali* e il *procedimento di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*. Il secondo comma dell'art. 2501 c.c. - così come modificato - ha stabilito che la partecipazione alla fusione non è consentita unicamente alle società in *liquidazione* che abbiano iniziato la distribuzione dell'attivo. La delibera di fusione può in tale condizione valere come revoca implicita della

(5) Come precedentemente puntualizzato l'interpretazione che si sta enunciando è in aperto contrasto con quella data dalla giurisprudenza in quanto questa si fonda sulla teoria dell'unione, quella sulla teoria della estinzione-creazione. Poiché la trasformazione comporta per definizione una modifica dell'atto costitutivo, la sua compatibilità con la visione giurisprudenziale della fusione come estinzione di soggetti e non come modificazione di contratti è infatti da escludersi.

delibera di scioglimento. Resta salva, ad eccezione ovviamente di quei casi in cui la messa in liquidazione risulta essere funzionale alla sola volontà dei soci, la necessità per l'impresa di essere in grado di superare, con la fusione, le cause che hanno comportato la obbligatoria messa in liquidazione della società[6]. In conseguenza di questa innovazione normativa si assiste di fatto a una modifica del diritto riconosciuto al socio alla liquidazione della società nel momento in cui si verifica una causa di scioglimento. Si può parlare di tale diritto solo a partire dal momento in cui ha inizio la distribuzione dell'attivo: infatti mentre prima di questo momento l'assemblea con una semplice delibera di fusione presa a maggioranza può revocare implicitamente la liquidazione, una volta iniziata la distribuzione, è necessaria una delibera esplicita di revoca ottenuta con l'unanimità dei consensi.

Il D. Lgs. n. 22/91 ha inoltre introdotto una ulteriore limitazione all'ambito applicativo là dove stabilisce che non è consentita la partecipazione alla operazione di società sottoposte a *procedura concorsuale.*

Diverso è il discorso quando si considerano invece le *procedure di amministrazione straordinaria* delle grandi imprese in crisi: in questo caso le esigenze di soccorso nei confronti dell'impresa vengono a prevalere sulle finalità meramente liquidatorie. L'applicazione dell'istituto è ritenuta pertanto ammissibile.

3 - Aspetti procedurali.

3.1 - Fase preparatoria alla delibera di fusione.

Prima dell'entrata in vigore del D. Lgs. 22/91, la fase preparatoria della fusione era quasi del tutto priva di una formale regolamentazione. Alcuni autori descrivono una serie di operazioni, temporalmente distribuite nel periodo precedente la delibera di fusione, che rappresentavano la normale procedura seguita dalle imprese nel silenzio della legge. Spicca tra queste la usuale redazione di un cosiddetto "piano di fusione", al quale però né la dottrina né la giurisprudenza riconoscevano alcun rilievo giuridico: in

(6) Si pensi al caso di riduzione del capitale sociale al di sotto del limite legale.

particolare esso non rappresentava affatto un obbligo per l'assemblea che - sovrana - poteva ignorarne completamente il contenuto e deliberare l'operazione secondo logiche del tutto diverse. In realtà un riferimento normativo era ravvisabile nel previgente articolo 2503 che prevedeva la stesura di una situazione patrimoniale delle società, ma lasciava in ogni caso spazio a molti dubbi con riferimento sia alla natura quanto alla funzione del documento stesso.

La normativa attuale, invece, prevede una articolata disciplina della fase preparatoria della fusione che si esplicita nella predisposizione dei seguenti documenti:

a) il progetto di fusione (art.2501 bis)
b) la relazione degli amministratori (art.2501 quater)
c) la situazione patrimoniale (art.2501 ter)
d) la relazione degli esperti (art.2501 quinquies)

3.1.1- Il progetto di fusione.

Con questo documento si mira a dare una rappresentazione schematica e chiara, a contenuto prestabilito ed essenziale, dell'operazione cui si darà corso. Si tratta di un documento unico, uguale per tutte le società partecipanti. La sua redazione è regolamentata dall'art. 2501 bis c.c. nel quale è evidenziato l'elenco degli elementi minimi indispensabili che esso deve contenere: possono però essere aggiunte ulteriori informazioni.

Nel progetto di fusione deve in ogni caso essere indicato quanto segue:
1- il tipo, la denominazione sociale, la sede delle società partecipanti alla fusione;
2- l'atto costitutivo della nuova società risultante dalla fusione o di quella incorporante, con le eventuali modificazioni derivanti dalla fusione. Questa informazione è stata richiesta *ex novo* dal legislatore italiano - essa non era prevista dalla terza direttiva - al fine di rendere possibile la deliberazione con la semplice approvazione del progetto e non, come stabilito invece dal legislatore comunitario, con l'approvazione da un lato del progetto e dall'altro delle eventuali modifiche dell'atto costitutivo rese necessarie dalla realizzazione della fusione;
3- il rapporto di cambio delle azioni o quote, nonché l'eventuale conguaglio in denaro (non superiore, comunque, al 10% delle azioni assegnate).

Rimandando ai successivi paragrafi per l'analisi più dettagliata del concetto, è opportuno anticipare che il concambio deve essere inteso come quel numero che esprime quante azioni deve emettere l'incorporante - nel caso di fusione per incorporazione - perché vengano assegnate ai soci dell'incorporata a fronte dell'annullamento delle azioni di questa da essi detenute;
4- le modalità di assegnazione delle azioni o quote della società che risulta dalla fusione o di quella incorporante;
5- la data dalla quale tali azioni o quote partecipano agli utili;
6- 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. L'indicazione esplicita è importante ai fini della lettura dell'art. 2504 bis relativo al momento di efficacia della fusione: gli unici effetti della fusione che possono essere anticipati sono proprio quelli contabili ora evidenziati;
7- il trattamento eventualmente riservato a particolari categorie di soci e ai possessori di titoli diversi dalle azioni;
8- i vantaggi particolari eventualmente proposti a favore degli amministratori delle società partecipanti alla fusione.

Coerentemente con l'importanza attribuita al progetto, esso non è più solo destinato a svolgere una funzione informativa interna alle società interessate alla operazione, ma al contrario assume rilevanza anche nei confronti dei terzi mediante l'applicazione di un preciso *regime di pubblicità*. Almeno un mese prima della data fissata per la deliberazione, infatti, esso deve essere pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale, una volta iscritto presso la Cancelleria del Tribunale. Non tutte le indicazioni elencate vengono a far parte dell'estratto - resta infatti escluso quanto prescritto dal n. 2) -, per contro è necessario fare menzione dell'avvenuta iscrizione del progetto stesso nel registro delle imprese. Il momento preciso in cui è di fatto posta in essere la pubblicità del progetto assume rilevanza in quanto coloro che diventano creditori delle società successivamente a tale momento non potranno avvalersi della possibilità di fare opposizione, come previsto in generale per i creditori. Ciò si giustifica in funzione del fatto che esiste presunzione di legge relativamente alla conoscenza dei futuri assetti societari da parte di tali soggetti. Si suppone cioè che essi abbiano fatto credito alla società già sapendo, o, in ogni caso, dovendo sapere - considerato che

usando la normale diligenza avrebbero potuto ottenere l'informazione - quali erano le nuove prospettive della società.

3.1.2- La relazione degli amministratori.

La relazione degli amministratori descrive l'operazione fornendo informazioni di tipo complementare rispetto alla "griglia" schematica contenuta nel progetto di fusione. Gli amministratori sono chiamati ad "illustrare e giustificare, sotto il profilo giuridico ed economico" l'operazione. Ciò significa che essi devono fornire l'indicazione dei motivi che inducono verso questa particolare scelta e delle opportunità e vantaggi che essa offre.

In particolare la norma rende il documento uno strumento importante ai fini della valutazione globale dell'operazione laddove impone che sia "illustrato e giustificato il progetto di fusione ed in particolare il rapporto di cambio delle azioni e quote, indicando i criteri utilizzati per la determinazione di tale rapporto e segnalando le eventuali difficoltà incontrate nella valutazione". Infatti, gli azionisti delle società partecipanti attribuiscono particolare importanza alle informazioni derivanti dal rapporto di cambio: dal momento che da questo elemento dipende la loro percentuale di partecipazione nel capitale della nuova società. In proposito, è pertanto significativo l'esplicito richiamo fatto al metodo o ai metodi di valutazione utilizzati dagli amministratori per la determinazione dei capitali economici delle società (fase strumentale alla determinazione del concambio)[7].

3.1.3- La situazione patrimoniale.

L'art. 2501 ter c.c. prevede la redazione da parte degli amministratori della situazione patrimoniale delle società partecipanti. Essa deve essere riferita a una data non anteriore di oltre quattro mesi dal giorno in cui il progetto di fusione è depositato presso la sede della società. La norma prevede la possibilità di una sua sostituzione con il bilancio dell'ultimo esercizio se questo è stato chiuso non oltre sei mesi prima rispetto al giorno del suddetto deposito. La situazione patrimoniale è quindi un vero e proprio

(7) Questo tema verrà ripreso in modo più analitico nella parte "Problemi di valutazione e di rappresentazione in bilancio".

bilancio di esercizio infrannuale da redigersi nel rispetto delle norme civilistiche e assolve la funzione di informazione dei creditori delle società partecipanti.

E' posto così fine al dibattito dottrinale, che, vigente la normativa *ante* D. Lgs. 22/91, vedeva contrapporsi due interpretazioni relativamente alla funzione e alla natura del documento stesso. Alcuni autori, indicando come funzione fondamentale del documento il soddisfacimento dell'interesse dei creditori a valutare l'eventuale pregiudizio derivante dalla fusione con una società in precario equilibrio finanziario ai fini di considerare la possibilità di una opposizione, concludevano che la situazione patrimoniale doveva essere redatta secondo le regole civilistiche, come un normale bilancio di esercizio. Diverse erano le conclusioni cui invece perveniva altra parte della dottrina partendo dal presupposto che funzione del documento doveva essere il soddisfacimento dell'interesse dei soci a conoscere il rapporto dei capitali economici della società ai fini della determinazione del concambio. In questo caso non sarebbe stato sufficiente redigere un semplice bilancio di esercizio, ma sarebbe stato necessario focalizzarsi sul valore del capitale economico da individuarsi spingendosi al di là dei criteri contabili. Il D. Lgs. n. 22/91 si è schierato senza ombra di dubbio a favore della prima interpretazione considerata. L'interesse dei soci viene adeguatamente tutelato mediante due altri documenti: la relazione degli amministratori e la relazione degli esperti.

3.1.4- La relazione degli esperti.

L'ultimo dei documenti introdotti dal D. Lgs. n. 22/91 è la relazione degli esperti. Nella normativa precedente la relazione degli esperti era prevista solo in caso di fusione tra società quotate. Tale documento era redatto da una società di revisione allo scopo di fornire un parere sulla congruità del concambio. Con la norma attualmente in vigore, non solo si è introdotta la obbligatorietà della relazione degli esperti anche per le società non quotate, ma si è anche sancita la sostituzione della relazione or ora considerata *ex* art. 7 D.P.R. 136/75 con la relazione degli esperti *ex* art. 2501 quinquies c.c..

Se esamini il contenuto di quest'ultima. Si tratta di una relazione sulla congruità del concambio il cui valore è già stato calcolato dagli amministratori.

Essa deve indicare:
1- il metodo o i metodi seguiti per la determinazione del rapporto di cambio proposto e i valori risultanti dalla applicazione di ciascuno di essi singolarmente;
2- le eventuali difficoltà di valutazione,
3- un parere circa l'adeguatezza del metodo o dei metodi e circa l'importanza relativa attribuita a ciascuno di essi nella determinazione del valore adottato.

La norma è precisa e articolata. Gli esperti sono chiamati a giudicare se la scelta di un certo criterio di valutazione sia stata giustificata e coerente con le caratteristiche di quella impresa. Devono inoltre esprimersi intorno agli eventuali aggiustamenti apportati dagli amministratori ai diversi valori di capitale economico.

Possono però presentarsi fattispecie in cui, in concomitanza con l'operazione di fusione, sia necessario nominare un perito ai sensi dell'art. 2343 c.c.. Una di esse è già stata considerata quando ci si è posti il problema di definire l'ambito di applicazione dell'istituto: si tratta della fusione eterogenea tra società di persone e società di capitali. Verificandosi, nel caso in cui l'incorporata sia una società di persone, anche una trasformazione come effetto autonomo della fusione, la dottrina è unanime nel considerare necessaria anche la perizia del 2343 c.c. al fine di garantire la copertura del capitale; questo nonostante sia sempre concessa la possibilità, sancita dall'art. 2503 c.c., di opposizione all'operazione da parte dei creditori.

E' poi stabilito da una giurisprudenza costante del Tribunale di Milano il principio secondo cui, ogniqualvolta che nella fusione l'incorporante o la risultante dalla fusione stessa aumentino il capitale in misura superiore, rispettivamente, al patrimonio dell'incorporata o alla somma dei patrimoni netti delle partecipanti, è necessaria la perizia *ex* art. 2343 c.c.. Questo contrasta però con l'opinione generalmente accolta in dottrina secondo cui l'aumento di capitale in sede di fusione è del tutto libero da limitazioni[8].

---

(8) In questa particolare fattispecie si viene a definire un disavanzo da concambio che, secondo la comune prassi viene portato in diminuzione del patrimonio netto della società risultante o incorporante, ed è compensato con le riserve esistenti nel netto stesso. Alla fine dunque il valore di netto (non quello del capitale sociale, aumentato in funzione del concambio) resta esattamente pari a quello dell'incorporata o alla somma dei netti delle partecipanti: la richiesta del Tribunale lascia dunque adito a perplessità.

Si consideri ora brevemente la figura dell'esperto. Egli è nominato dal Presidente del Tribunale; le società possono richiedere che il Presidente del Tribunale del luogo in cui ha sede la risultante o l'incorporante nomini uno o più esperti comuni. Per le società quotate in Borsa la relazione è affidata a una società di revisione. Quest'ultima può essere nominata sia dal Presidente del Tribunale che, di comune accordo, dalle società partecipanti alla fusione[9].

Il perito risponde civilisticamente non solo per i danni procurati ai soci, ma anche alla società e ai terzi pregiudicati dalla erronea determinazione del concambio. Il legislatore ha inoltre previsto anche la responsabilità penale (distaccandosi quindi dalla direttiva che prevedeva "almeno la responsabilità civile nei confronti degli azionisti"): è richiamato infatti l'art. 64 c.p.c. - così come modificato dall'art. 25 L. 281/85 - che regola la responsabilità degli ausiliari del giudice. Tale articolo prevede per il consulente tecnico che incorre in colpa grave nella esecuzione degli atti che gli sono richiesti l'arresto fino a un anno o l'ammenda fino a venti milioni o la sospensione dall'esercizio della professione.

3.1.5- Il deposito degli atti.

La norma dell'art. 2501 sexies impone il deposito presso la sede sociale, durante i trenta giorni che precedono l'assemblea e finché quest'ultima non abbia deliberato in merito, dei documenti esaminati (progetto di fusione, relazione degli amministratori e degli esperti, situazioni patrimoniali), nonché dei bilanci degli ultimi tre esercizi con le relazioni degli amministratori e dei sindaci e l'eventuale relazione di certificazione: situazioni patrimoniali e bilanci devono essere quelli di tutte le società partecipanti alla fusione. Questa norma è volta a fornire elementi di giudizio ai soci in merito all'opportunità o meno di approvare la fusione. Per quanto riguarda l'informazione ai creditori, invece, lo strumento privilegiato dalla legge è la pubblicità del progetto di fusione.

La relazione illustrativa dello schema di legge delegata ribadisce che

---

(9) In merito si è espresso il Tribunale di Milano facendo propria la posizione di coloro che non considerano necessario in questa particolare fattispecie l'intervento del Presidente del Tribunale, in Direttive del Tribunale di Milano sul controllo degli atti societari in materia di fusioni dopo il Decreto Legislativo del 16 gennaio 1991, n. 22. In "Le società", luglio1991, pag.1005 e segg..

resta fermo per le società quotate l'obbligo di trasmettere alla CO.N.SO.B., almeno quarantacinque giorni prima dell'assemblea, la proposta di fusione con la relazione degli amministratori, a norma dell'art. 4, c. 1, n. 2, della legge n. 216/74.

Con la Legge n. 428/90, nota come "Legge comunitaria per il 1990", è stato stabilito l'obbligo, in caso di trasferimento di azienda, e quindi anche nelle operazioni di fusione e incorporazione di società che comportano tale trasferimento, sia per l'azienda alienante, che per l'azienda acquirente, di dare comunicazione, per iscritto e con un anticipo di almeno 25 giorni[10], alle rispettive rappresentanze sindacali costituite nelle unità produttive interessate, nonchè alle rispettive associazioni di categoria. La legge prevede in modo specifico il contenuto dell'informazione: questa deve riguardare i motivi del programmato trasferimento di azienda, le "conseguenze giuridiche, economiche e sociali per i lavoratori", le eventuali misure previste nei confronti di questi ultimi. Su richiesta delle rappresentanze sindacali aziendali o dei sindacati di categoria, l'alienante e l'acquirente hanno l'obbligo di avviare entro sette giorni dal ricevimento della predetta richiesta un esame congiunto con i soggetti sindacali richiedenti. Decorsi dieci giorni la consultazione si intende esaurita. La legge non dice nulla relativamente alle conseguenze del mancato riapetto della procedura, ma la parte sindacale potrebbe sostenere la nullità del trasferimento stesso: si potrebbe avere cioè una condanna per condotta antisindacale e di conseguenza l'inefficacia dell'atto.

E' stabilito, infine, un particolare obbligo per le società per azioni e per le società in accomandita per azioni con capitale superiore a dieci miliardi. Nel caso in cui, a seguito della operazione di fusione sia necessario procedere ad un aumento di capitale per un ammontare superiore ai dieci miliardi di lire, va richiesta l'autorizzazione del Ministero del Tesoro. Quest'ultima è condizione per l'omologazione dell'operazione da perte del Tribunale.

(10) La legge non specifica il momento preciso da cui il termine di 25 giorni deve essere fatto decorrere; si ritiene però di dover fare riferimento alla data della delibera di fusione.

3.2- La delibera di fusione.

Organo competente per approvare l'operazione è l'assemblea. La deliberazione deve essere presa con le maggioranze stabilite per ciascun tipo di società per le modificazioni dell'atto costitutivo; per le società di capitali la competenza spetta perciò alla assemblea straordinaria. Sono necessarie in proposito alcune puntualizzazioni: al fine di uniformarsi a quanto stabilito dal paragrafo 1 art. 7 della direttiva, il quale prevedeva che la deliberazione fosse presa a maggioranza semplice con una presenza non inferiore ai due terzi del totale delle azioni con diritto di voto, il legislatore ha modificato il dettato dell'art. 2369 bis c.c. relativo alle maggioranze in terza convocazione, introducendo anche per la fusione il quorum deliberativo minimo di un terzo[11]. Va poi ricordato che, nel caso in cui si abbia una trasformazione come effetto autonomo della fusione, si dovranno rispettare i particolari quorum per essa previsti in seconda convocazione. Le società di persone dovranno infine deliberare con il consenso unanime dei soci, salvo che i patti sociali non prevedano maggioranze diverse.

Si passi ad analizzare l'*oggetto* della delibera. L'art. 2502, così recita: "La fusione deve essere deliberata dalle società che vi partecipano mediante l'approvazione del relativo progetto". Il dettato normativo usa l'espressione "approvare": l'applicazione pratica della norma ha subito posto il problema relativo alla modificabilità da parte dell'assemblea del contenuto del progetto di fusione. Secondo taluni[12] non è possibile per l'assemblea modificarne il contenuto; perciò se in sede deliberativa non si raggiungono i quorum necessari è necessario ripercorrere tutta la procedura. Questo avverrebbe per due motivi: da una parte perché il progetto ha funzione informativa per i soci ed i terzi, e dall'altra perchè la sua pubblicità funge da criterio per

---

(11) L'art.7, comma 1, della direttiva prevedeva: "La fusione deve essere deliberata per lo meno dalla assemblea generale di ciascuna delle società partecipanti alla fusione. Le legislazioni degli stati membri dispongono che tale deliberazione deve essere presa da una maggioranza che non può essere inferiore ai due terzi dei voti attirbuiti ai titoli rappresentati o al capitale sottoscritto rappresentato. La legislazione di uno stato membro può tuttavia prevedere che è sufficiente la maggioranza semplice dei voti indicati al primo comma, quando è rappresentata almeno la metà del capitale sottoscritto. Inoltre, se del caso, si applicano le regole relative alle modifiche dell'atto costitutivo".

(12) Ci si riferisce alla stessa Commissione D'Alessandro e quindi alla relazione allo schema di legge, e tra gli altri al Di Sabato.

l'individuazione dei creditori legittimati all'opposizione. Secondo altri[13], nonostante il rigido formalismo che caratterizza la nuova disciplina delle fusioni, le assemblee delle società partecipanti possono in qualsiasi caso apportare in sede di deliberazione modifiche al progetto, privilegiando quindi il carattere di sovranità che contraddistingue l'organo assembleare. Se si aderisse ad una impostazione diversa, affermano i fautori di quest'ultima, occorrerebbe riconoscere che, di fatto, le decisioni in ordine alla fusione sono di competenza esclusiva degli amministratori delle società partecipanti, mentre all'assemblea spetterebbe solo il potere di ratifica[14].

Per le società di capitale, per le s.n.c. e per le s.a.s. è previsto l'obbligo di depositare per l'iscrizione nel registro delle imprese la delibera insieme con i documenti indicati dall'art. 2501 sexies c.c.. La delibera delle *società di capitale* deve essere sempre soggetta a omologazione; la delibera delle *s.n.c. e s.a.s.* è soggetta a omologazione solo se la società risultante o incorporante è una società di capitali - questo indipendentemente dal fatto che si tratti di una fusione omogenea tra società di persone e di capitali.

La delibera della società di capitale deve essere infine pubblicata per estratto sulla Gazzetta Ufficiale: tale estratto deve contenere tutte le indicazioni previste dal progetto di fusione (fatto salvo l'atto costitutivo della risultante o quello modificato dell'incorporante) e la menzione dell'avvenuta iscrizione presso il Registro delle imprese.

---

(13) MORANO A. e ZINI P:, *La nuova disciplina delle fusioni*, in "Le società", n. 7, 1991.

(14) Afferma in proposito Marchetti P.: "La spiegazione all'immodificabilità (...) non appare del tutto convincente. In particolare, la funzione informativa dei soci non è certo incompatibile (anzi potrebbe proprio essere funzionale) con la possibilità dei soci di mutare le caratteristiche dell'operazione rispetto al progetto degli amministratori. L'immodificabilità, sotto questo primo aspetto, si iscrive dunque piuttosto nella tendenza a spostare il baricentro decisionale dai soci agli amministratori. Sotto questo primo profilo sembrerebbe più convincente invocare una costruzione secondo la quale il progetto rappresenta una proposta contrattuale che tutte le società coinvolte debbono accettare (*rectius:* con l'assemblea debbono dar mandato ai loro amministratori di accettare con il futuro atto di fusione) in termini identici". MARCHETTI P., *Appunti sulla nuova disciplina delle fusioni*, in "Rivista del notariato", n.2/91.

3.3 - La tutela dei terzi creditori e degli obbligazionisti.

La fusione porta a radicali modificazioni nell'assetto giuridico ed economico delle società partecipanti e quindi costituisce un rischio di dispersione della garanzia in cui i creditori, ivi compresi gli obbligazionisti, confidano. Il legislatore comunitario si è quindi preoccupato di assicurare una certa tutela di tali soggetti mediante la possibilità loro concessa di opporsi alla sua attuazione; l'ordinamento italiano già prevedeva questo istituto.

Il *fondamento* della opposizione dei creditori sta dunque nell'esigenza di conservazione della consistenza della garanzia: "che i creditori possano essere lesi dalla fusione delle società debitrici, si comprende facilmente considerando che, per effetto della fusione, i patrimoni delle stesse vengono a confondersi nel patrimonio della società risultante o incorporante, onde i creditori sia delle società fuse o incorporate, sia della incorporante si troveranno a dover subire rispetto ad esso il loro reciproco concorso, con la conseguenza che ne possono restare favoriti i creditori di una società e danneggiati invece quelli di un'altra"[15]. Conseguenza di questa affermazione è la necessità di motivare la richiesta di opposizione, la quale sarà accolta solo nel caso in cui sussista un concreto ed attuale rischio per il creditore del venir meno o dell'affievolirsi della possibilità di recuperare il suo credito rispetto alla situazione *ante* fusione[16].

Non tutti i creditori possono usufruire di questo diritto: come già sottolineato, sono *legittimati* solo quelli anteriori all'iscrizione (nel caso di società di persone) e alla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale (negli altri casi) del progetto di fusione. La normativa previgente stabiliva che l'opposizione poteva essere proposta dai creditori sociali entro tre mesi dalla data dell'ultima iscrizione delle deliberazioni di fusione. Qualora poi la fusione rispondesse a necessità di pubblico interesse, il termine per la proposizione di opposizione poteva essere ridotto "fino a quindici giorni con decreto emanato dal Ministero di Grazia e Giustizia su conforme parere dei Ministri per le Finanze, l'Industria e il Commercio, da pubblicarsi sulla Gazzetta Ufficiale". Ora il termine di tre mesi è stato ridotto a due mesi dalla

---

(15) Greco, *Le società nel sistema giuridico italiano*, Torino, 1959.

(16) In questo senso si è espresso il Tribunale di Milano, Decreto 5.4.84, in "Le società", n.10/84, pag. 1144.

nuova formulazione dell'art. 2503 c.c.; tale scadenza inoltre non è più suscettibile della riduzione a quindici giorni in funzione del pubblico interesse, in quanto è stata abrogata, dall'art. 25 dello stesso decreto, la legge 19 novembre 1942 da cui la possibilità della stessa derivava. E' da notare che la diminuzione dei periodi di tempo disponibili per la presentazione di opposizione non viene a diminuire la tutela della posizione dei creditori. Se si considerano infatti le modalità dell'intero procedimento, si nota che i tempi dello stesso sono sensibilmente più lunghi rispetto a quelli della fusione come regolata dalla normativa abrogata: motivo per cui i creditori, a partire dalla data del deposito del progetto di fusione (anteriore di almeno un mese alla delibera dell'assemblea), hanno in definitiva più tempo per valutare l'operazione e la sua incidenza sulla loro sfera patrimoniale.

E' possibile per le società partecipanti alla fusione *eliminare la potenziale opposizione dei creditori* - salvo che evidentemente non ci sia il consenso scritto all'operazione - con due strumenti: il pagamento dei crediti per l'intera somma e il deposito delle somme corrispondenti presso un istituto di credito. Non essendoci più la possibilità di una opposizione, la fusione in tali casi può essere attuata anche prima della scadenza del termine di due mesi stabilito dal 2503 c.c.. Si impongono due precisazioni. Nel caso in cui si riesca ad ottenere il consenso di tutti i creditori si deve essere anche in grado di provarlo e la giurisprudenza si è più volte espressa reputando necessarie, pur nel silenzio della legge, le dichiarazioni di assenso dei singoli creditori da allegarsi all'atto di fusione. Va sottolineato inoltre che non è accettato il ricorso, in sostituzione del deposito delle somme presso un istituto di credito, ad una fideiussione bancaria.

Nel caso in cui la società non abbia provveduto in qualche modo ad anticipare l'azione del terzo, e il terzo abbia fatto opposizione, si ha come *effetto immediato* la sospensione dell'efficacia delle deliberazioni di fusione fino alla definitiva decisione che respinga l'opposizione. Se viene effettuato però il deposito delle somme, il pagamento o la prestazione da parte della società di idonea garanzia il Tribunale deve rigettare l'opposizione, consentendo l'immediata efficace esecuzione. E' da notare che se la società agisce per prima l'operazione è immediatamente attuabile, se invece è il creditore ad agire, cercando tutela nella opposizione, è il Tribunale che deve analizzare le garanzie prestate e quindi autorizzare l'attuazione. Nel caso di *attuazione indebita della fusione,* ossia di stipulazione dell'atto prima della

scadenza del termine per l'opposizione, parte della dottrina condivide un orientamento costante della Corte di Cassazione in base al quale l'atto è valido, ma inefficace erga omnes. Ciò significa che esso è vincolante per le parti, ma che la sua "efficacia estintiva e costitutiva resta sospesa", finché il termine fissato dalla legge non sia decorso[17].

Gli *obbligazionisti* sono trattati alla stregua di qualsiasi altro creditore , essi possono ricorrere pertanto all'istituto della opposizione, salvo il caso in cui la fusione non sia stata approvata dall'assemblea degli obbligazionisti. Una fattispecie particolare è quello delle *obbligazioni convertibili:* ai detentori di questi titoli deve essere data facoltà, mediante avviso da pubblicarsi sulla Gazzetta Ufficiale almeno tre mesi prima della pubblicazione del progetto di fusione, di esercitare il diritto di conversione nel termine di un mese dalla pubblicazione dell'avviso stesso. Poichè però non tutti opteranno per la conversione anticipata dei titoli, agli altri devono essere assicurati diritti equivalenti a quelli loro spettanti prima della fusione: a costoro deve cioè essere garantita la possibilità di convertire a scadenza i loro titoli in quelli della società risultante o incorporante in base a congrui rapporti di cambio.

3.4 - L'atto di fusione e i suoi effetti.

La complessa procedura di fusione trova il suo compimento nell'atto di fusione. Dato che il momento della stipulazione rappresenta l'incontro tra le volontà delle compagini sociali partecipanti alla operazione è accettata in dottrina la sua *natura contrattuale.* In verità si sono avuti dei dubbi in merito a questa affermazione in considerazione del fatto che l'atto di fusione non è altro che la mera esecuzione di qualcosa che è già stabilito preventivamente nel progetto di fusione e confermato con l'approvazione assembleare di questo. Si deve però ribadire la prima tesi in quanto senza l'atto di fusione non si avrebbe alcuna dichiarazione negoziale, essendo la delibera semplice espressione della volontà interna delle singole parti. Si tratta di un atto pubblico redatto quindi da notaio.

L'atto è materialmente *sottoscritto dai legali rappresentanti* delle società: nel caso in cui essi si identifichino con gli amministratori si deve ritenere che non sia necessario alcun conferimento esplicito di procura; nel

(17) Si ricorda che la giurisprudenza sposa la teoria creativa-estintiva.

caso in cui invece sia delegato un terzo tale conferimento deve avvenire. Questi soggetti in ogni caso non hanno alcuna autonomia decisionale, sono semplici esecutori che devono seguire la volontà dell'assemblea. La stipulazione dell'atto di fusione può essere anche momento di avveramento di condizioni sospensive. Un caso significativo in proposito è quello in cui il progetto di fusione preveda l'efficacia retroattiva contabile - fiscale della operazione a patto che la stessa avvenga entro un certo termine; ancora si può pensare alla situazione in cui sia prèvista la modificazione della denominazione sociale della incorporante a patto che la fusione abbia luogo.

Entro 30 giorni dalla stipulazione, l'atto di fusione va *depositato per l'iscrizione nel registro delle imprese* dei luoghi ove è posta la sede di ciascuna delle società partecipanti e della risultante o incorporante. E' stabilito un preciso *ordine cronologico* per la effettuazione delle diverse iscrizioni: "il deposito relativo alla società risultante dalla fusione o di quella incorporante, non può precedere quello relativo alle altre società partecipanti alla fusione". Ancora in tema di pubblicità dell'atto di fusione, si stabilisce l'obbligo di *pubblicazione per estratto nella G.U.* (e non nel B.U.S.A.R.L.) qualora la società incorporante o risultante sia una S.p.a., una S.r.l. o una S.a.p.a.. Dato che l'atto di fusione deve corrispondere esattamente alle delibere assunte dalle assemblee delle rispettive società, il legislatore ha ritenuto *superflua una ulteriore omologazione del Tribunale* considerando sufficiente il controllo del notaio rogante e del Cancelliere dell'ufficio del registro delle imprese. Da notare è il fatto che sono tenuti alla effettuazione del deposito dell'atto di fusione il notaio che ha rogato l'atto e gli amministratori delle società incorporante o risultante e non anche quelli delle incorporate.

La pubblicazione dell'atto di fusione ha natura costitutiva: ciò significa che la fusione non si perfeziona e quindi non produce *effetti* fino a quando il relativo atto non è stato iscritto nel registro delle imprese e in particolare, a norma dell'art. 2504 bis c.c., fino a quando non è stata eseguita l'iscrizione dell'atto della risultante o incorporante. La norma concede la possibilità di postdatare gli effetti dell'operazione nel solo caso di fusione per incorporazione. Se si ammettesse la postdatazione anche nel caso di fusione propria si avrebbe in ogni caso la nascita della risultante con l'atto di fusione, ma questa sarebbe "priva di patrimonio in quanto l'operazione non ha ancora prodotto i suoi effetti ed è quindi incapace di fungere da centro di

responsabilità"[18]. L'art. 2504 bis c.c. consente poi la retrodatazione, ma solo con riferimento a taluni effetti interni della fusione e precisamente per determinare: la data dalla quale le azioni o quote della società incorporata partecipano agli utili e la data a decorrere dalla quale le operazioni delle società partecipanti alla fusione sono imputate al bilancio della incorporante o risultante. La retrodatazione non è ammessa ad altri fini civilistici. Proprio perché incide sui risultati di esercizio dell'incorporante o della risultante la retrodatazione contabile non può spingersi oltre la data di chiusura dell'esercizio precedente; essa è concessa al fine di semplificare le problematiche di rilevazione contabile e anche di valutazione in sede di determinazione del concambio.

3.5- Il divieto di assegnazione di azioni o quote.

L'art 2504 ter c.c. stabilisce che "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 fiduciaria o di interposta persona, dalle società medesime. 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".

Con questa norma viene chiarito che l'applicazione del concambio non può in alcun caso avere quale conseguenza la creazione di azioni proprie in capo alla società incorporante o risultante dalla fusione. Limitando l'analisi al caso della fusione per incorporazione (analisi che può essere poi facilmente estesa al caso della fusione propria) il dettato della norma considera, in buona sostanza, due distinte fattispecie. La prima si riferisce al caso, frequente, di un vincolo di partecipazione tra incorporante e incorporata; occorre qui procedere obbligatoriamente all'annullamento del patrimonio netto della incorporata per la parte corrispondente alla partecipazione detenuta dalla incorporante, non essendo possibile applicare il rapporto di cambio alla partecipazione detenuta dalla incorporante medesima. Nel caso in cui invece la società incorporata detenga azioni

---

(18) CONFALONIERI M., *Le fusioni societarie: nuovi obblighi civilistici*, in "Pratica aziendale", n. 2, 1991.

proprie, l'applicazione del concambio anche su tali azioni comporterebbe l'emergere di azioni proprie in capo alla società incorporante o risultante dalla fusione; occorrerà qui procedere, preliminarmente alla fusione, all'annullamento delle azioni proprie detenute dall'incorporata.

3.6 - Il regime di invalidità della fusione.

Le cause d'invalidità della fusione possono essere di tre tipi: può esserci un vizio dell'atto di fusione in senso stretto, un vizio della deliberazione di fusione, o infine può sussistere il mancato rispetto del meccanismo procedurale dettato dagli artt. introdotti col D. Lgs. 22/99. In ogni caso anche se sussiste una delle sunnominate condizioni, a norma dell'art. 2504 quater, c. 4 c.c. "eseguite le iscrizioni dell'atto di fusione a norma del secondo comma dell'art. 2504 c.c., l'invalidità dell'atto di fusione non può essere pronunciata". La scelta del legislatore italiano è stata radicale e si è allontanata da quanto prescritto dalla direttiva. Il fine che si è voluto raggiungere è senz'altro da ravvisarsi nella sicurezza giuridica delle relazioni fra le società interessate e fra queste e i terzi, nella volontà di garantire stabilità all'operazione.

Il secondo comma dello stesso articolo afferma "resta salvo il risarcimento del danno eventualmente spettante ai soci e ai terzi danneggiati dalla fusione". In questo modo, come è stato affermato in dottrina[19], si è arretrata la tutela dei terzi e dei soci dal piano reale a quello meramente obbligatorio del risarcimento del danno. Resta salva la responsabilità prevista, per amministratori ed esperti, nelle norme che precedono.

Interessanti sono le conseguenze cui porta questo particolare regime. Si pensi ad esempio al caso in cui si abbiano fusioni omogenee tra società di persone in cui la risultante sia una società di persone. Si è visto nei precedenti paragrafi che durante tutto il procedimento non esistono controlli di legittimità: nonostante questo l'iscrizione dell'atto dovrebbe rendere la fusione inattaccabile.

---

(19) DE ACUTIS, *Il nuovo regime di invalidità della fusione*, in "Giurisprudenza commerciale", 1991, I.

3.7 - La incorporazione di società interamente posseduta.

Gli artt. 24 e 29 della terza direttiva richiedevano al legislatore interno di prevedere una semplificazione della procedura nel caso di incorporazione in cui l'incorporante avesse posseduto più del 90% del capitale sociale dell'incorporata. L'art. 2504 quinquies c.c. ha introdotto tale previsione pur delimitandone il campo unicamente al caso in cui ci sia una partecipazione totalitaria. La semplificazione consiste nella non applicazione di alcune delle disposizioni introdotte, in particolare:

1) nel *progetto di fusione* non deve essere:

- fatta menzione del rapporto di cambio e dell'eventuale conguaglio in denaro;
- indicata la modalità di assegnazione delle azioni o delle quote della società incorporante;
- rilevata la data a decorrere dalla quale le azioni o quote assegnate a seguito della fusione partecipano agli utili.

2) non occorre predisporre le *relazioni degli amministratori* delle società partecipanti alla fusione nonché le *relazioni degli esperti.*

Le motivazioni relative al punto 1) sono evidenti: dato che l'intero capitale dell'incorporata è posseduto dall'incorporante le azioni dell'incorporata vengono annullate e non è necessario stabilire alcun concambio in quanto non si avrà alcuna emissione di nuove azioni. Per lo stesso motivo con riferimento al punto 2) è giudicata superflua la redazione della relazione degli esperti, strumentale alla determinazione del rapporto di cambio. Forse poteva essere considerata utile in ogni caso la redazione della relazione degli amministratori in quanto avrebbe potuto in ogni caso fornire considerazioni e informazioni utili ai terzi sull'operazione in generale.

C- PROBLEMI DI VALUTAZIONE E DI RAPPRESENTAZIONE IN BILANCIO.

4 - La chiusura dei conti delle società partecipanti o incorporate e la riapertura in capo alla società risultante o incorporante.

Il legislatore civilistico, come si è già visto, concede la possibilità di retrodatare gli effetti contabili della fusione. Ciò consente una notevole semplificazione dei problemi di rappresentazione contabile, oltre a permettere da un lato di stabilire un sicuro termine di riferimento per il calcolo del concambio e dall'altro di risolvere le questioni in tema di imputazione degli utili maturati durante l'esercizio. E' prassi comune fare retroagire gli effetti della fusione alla fine dell'esercizio precedente così da poter utilizzare come bilancio di chiusura delle diverse società quello già obbligatoriamente redatto dalle stesse (nei casi ovviamente in cui esista coincidenza di termine).

Nel caso non si usufruisca di tale possibilità, si renderà necessaria la redazione di un apposito bilancio di chiusura redatto con i normali criteri di esercizio e riferito al momento di efficacia civilistica dell'operazione.

I motivi per cui in tale caso occorre redigere il bilancio di chiusura sono: da un lato la necessità di rilevare le attività e le passività che, per effetto della fusione, l'incorporante o risultante dovrà rilevare nella propria contabilità; dall'altro per adempiere a quanto previsto dall'art. 11 del D.P.R. n. 600/73 comma 1 che stabilisce, infatti, che la società incorporante deve presentare, entro quattro mesi dalla data in cui ha effetto la fusione, la dichiarazione dei redditi per la frazione di periodo di imposta compresa tra l'inizio dello stesso periodo e la suddetta data. Questa dichiarazione deve "essere accompagnata dal conto dei profitti e delle perdite relativo all'intervallo di tempo di cui sopra". Nel caso in cui le risultanze di tale bilancio di fusione si discostino notevolmente da quelle delle situazioni patrimoniali dell'art. 2501 ter, ben difficilmente si potrà procedere all'attuazione dell'operazione sulla base del rapporto di cambio precedentemente stabilito e dovrà essere quindi riconsiderata l'operazione nel suo complesso.

La società risultante dalla fusione o incorporante - una volta effettuate le necessarie omogeneizzazioni nei piani dei conti e le relative eventuali rettifiche ai fini di rendere omogenei i principi contabili adottati - procederà

alla redazione di un bilancio di apertura, ivi comprendendo i valori già esistenti in capo alle singole società. Effettuerà, inoltre, la compensazione delle eventuali poste aventi carattere di reciprocità iscritte nei bilanci delle società partecipanti alla fusione (crediti/debiti, partecipazioni/corrispondente quota di patrimonio netto delle stesse, ...), e procederà, infine, all'aumento del capitale sociale conseguente all'applicazione del rapporto di cambio. Da tali operazioni potranno sorgere differenze contabili di cui più ampiamente nel prosieguo.

5 - Il rapporto di cambio: determinazione e significato.

Ogniqualvolta viene effettuata una operazione di fusione - fatto salvo il caso in cui esista la partecipazione al 100% della incorporante nella incorporata - si rende indispensabile la valutazione del peso relativo dei due patrimoni netti delle aziende partecipanti alla fusione, per pervenire alla determinazione del rapporto di cambio, ossia del numero di azioni della incorporante o della risultante dalla fusione che devono essere assegnate ai soci della incorporata, o delle partecipanti alla fusione, a fronte dell'annullamento delle azioni di queste ultime dagli stessi possedute. E' pertanto necessario valutare quale sia l'apporto delle singole aziende partecipanti alla fusione alla nuova realtà economica che si andrà a costituire per il tramite della fusione stessa al fine di determinare la percentuale di partecipazione al capitale della nuova società dei soci delle società estinte per effetto della fusione.

Quanto esposto può essere sintetizzato nei seguenti rapporti:

$$\text{Rapporto di cambio} = \frac{\text{(valore economico incorporata)}}{\text{(n° azioni della incorporata)}} : \frac{\text{(valore economico incorporante)}}{\text{(n° azioni della incorporante)}}$$

$$= \frac{\text{(valore economico incorporata)}}{\text{(valore economico incorporante)}} * \frac{\text{(n° azioni incorporante)}}{\text{(n° azioni incorporata)}}$$

Il valore così ottenuto può essere definito concambio *teorico*. Nella realtà molto difficilmente esso corrisponde al valore effettivamente inserito nel progetto di fusione. In ogni caso esso mantiene un forte valore interpretativo

in quanto è misura da una parte del "sacrificio" massimo, in termini di quote di capitale da assegnare ai conferenti della assorbita, che i conferenti capitale dell'incorporante sono disposti a sopportare, dall'altra dell'ammontare minimo di quote di capitale che i conferenti dell'incorporata sono disposti ad accettare come corrispettivo dell'assorbimento"[20].

Il concambio *effettivo* è il frutto della negoziazione delle parti che, anche con riferimento al concambio teorico, nonchè considerando tutte le altre condizioni del contratto associativo, ivi incluse le posizioni di forza o di debolezza delle parti, concretamente stabiliscono il parametro sulla base del quale sarà determinata la partecipazione al capitale della società risultante dalla fusione. E' possibile pertanto riassumere schematicamente il processo di determinazione del concambio in quattro fasi:

1) valutazione del capitale delle aziende destinate a fondersi;
2) determinazione del concambio teorico;
3) individuazione di ogni altra condizione del contratto associativo e conseguente negoziazione con riferimento ai rapporti di cui al punto precedente;
4) determinazione in via definitiva del concambio effettivo.

Val la pena di soffermarsi sul *primo di questi punti*. Si è visto che punto di partenza per il calcolo del concambio teorico è la determinazione del valore dei capitali economici delle imprese coinvolte. Rimandando ad altra sede per una più compiuta analisi della problematica generale legata alla valutazione del capitale economico, si ricorda che nella fusione vanno tenute presenti alcune considerazioni. Innanzi tutto dal momento che oggetto della valutazione non è tanto il calcolo del valore assoluto delle aziende partecipanti alla concentrazione, bensì la determinazione del valore dell'una rispetto all'altra, è quanto mai necessario che i criteri di valutazione impiegati siano omogenei, giustificabili secondo corretti principi economico-aziendali e comunque atti a istituire confronti in ordine ai valori economici delle aziende esaminate. Infatti ai soci di queste ultime non interessa tanto determinare il valore assoluto di ogni singola azienda, quanto ricercare un fondamento logico cui riferire un valore di scambio, che troverà espressione nella determinazione del rapporto di cambio.

---

(20) PEROTTA R., *Le valutazioni di fusione. Problemi di calcolo economico e di rappresentazione*, 1983

Un altro aspetto riguarda poi le ipotesi di svolgimento futuro delle aziende da assumere a fondamento per la determinazione del valore economico delle stesse. Si tratta cioè di stabilire se sia correttamente analizzabile il diverso concorso alla formazione dei risultati economici futuri dell'azienda risultante dalla fusione da parte delle aziende partecipanti alla medesima oppure, ove ciò non fosse possibile, se sia più opportuno osservare le stesse in via autonoma come se la fusione non dovesse avere luogo. Quanto alla prima ipotesi, la stessa è verificabile solo nel caso in cui le aziende mantengono dopo la fusione una autonomia gestionale talmente marcata da poter distinguere i singoli contributi dalle stesse apportati alla combinazione generale economica risultante dalla fusione. Al riguardo, però, la dottrina e la prassi più diffuse sono concordi nell'osservare come la complessità e le incertezze generate da tale modo di procedere inducano le parti e gli eventuali estimatori a scegliere come metodologia di valutazione quella che considera le aziende in via autonoma come se la fusione non dovesse avere luogo. La stessa, anche se palesemente in contrasto con la finalità di fondo della fusione (la ricerca comunque di una miglior dimensione quali - quantitativa aziendale e quindi di un miglioramento dei risultati aziendali), è quella che consente più agevolmente di determinare una base di riferimento per la successiva fase negoziale.

Quanto sopra conferma quanto sia difficile conciliare le richieste del D. Lgs. n. 22/91 in ordine all'inserimento del concambio nel progetto di fusione, alla sua giustificazione a mezzo della relazione degli amministratori e infine al suo controllo tramite un giudizio di congruità espresso da parte di esperti nominati dal Tribunale, con la discrasia esistente tra concambio teorico e concambio effettivo. Sarà quest'ultimo, fortemente influenzato da aspetti negoziali e quindi soggettivi, ad essere evidenziato nel progetto di fusione e ad essere commentato nella relazione degli amministratori; potrebbe pertanto risultare opportuno che questi ultimi evidenzino anche il rapporto di cambio teorico che, nelle successive negoziazioni, ha assunto poi la veste definitiva di concambio effettivo.

6 - Le differenze di fusione: origine e significato economico.

Il processo di calcolo economico che consente di determinare il rapporto di cambio, si riflette nel sistema di valori convenzionali del bilancio

pubblico anche evidenziando valori differenziali di segno positivo e/o negativo. Tali differenze possono essere *da "partecipazione" o da "concambio"*, a seconda della loro origine[21].

6.1 - Le differenze da partecipazione.

Si evidenziano differenze da partecipazione nel caso in cui la società incorporante possegga una partecipazione nella società incorporata, iscritta in bilancio ad un valore diverso dal valore di libro della corrispondente quota del patrimonio netto della incorporata medesima.

In formula:

Differenza da partecipazione = (partecipazione - % del PN della incorporata)

In particolare se il valore di carico della partecipazione è superiore alla corrispondente quota di patrimonio netto della incorporata (dalla differenza sopra riportata risulta un valore positivo) si genera un *disavanzo da partecipazione*, contabilmente iscritto in *dare* dello stato patrimoniale della incorporante; nel caso opposto (e quindi quando dalla differenza evidenziata risulta un valore negativo) si genera un *avanzo da partecipazione* contabilmente iscritto in *avere* dello stato patrimoniale della incorporante.

Il **disavanzo da partecipazione** si riscontra perché è stato riconosciuto alla partecipazione, al momento dell'acquisto, un prezzo superiore a quello della corrispondente quota di patrimonio netto. Tale elemento differenziale può essere giustificato in funzione di un maggior valore dei cespiti esistenti nel complesso aziendale acquistato, oppure del maggiore valore globalmente attribuito al complesso aziendale, anche in termini di avviamento.

L'**avanzo da partecipazione** trova invece origine dal fatto che il patrimonio netto contabile della partecipata è stato pagato meno del suo valore di libro. Ciò può essere conseguenza sia del fatto che si sono previste perdite a carico della partecipata stessa, oppure, più frequentemente del fatto che la partecipazione non è stata adeguata nel bilancio della incorporante al maggior valore che avrebbe dovuto essere rilevato in conseguenza dei

(21) Le differenze in esame sono assimilabili a quelle che la dottrina americana e lo IASC chiamano rispettivamente purchase e pooling of interest. Si tratta di poste contabili di natura patrimoniale, ed è pertanto improprio, come veniva fatto in passato soprattutto dall'Amministrazione Finanziaria, riferirsi ad esse come ad utili o perdite da fusione.

risultati conseguiti dalla partecipata, accantonati e non distribuiti.

6.2 - Le differenze da concambio.

Nel caso di fusione tra società non collegate tra loro da vincoli di capitale, dalla applicazione del rapporto di cambio al capitale sociale della società incorporata o partecipante alla fusione, deriva necessariamente un aumento di capitale della società incorporante o risultante dalla fusione; ben difficilmente l'entità di detto aumento di capitale corrisponderà al valore delle azioni o quote annullate per effetto della fusione. In contrapposizione a quanto avviene nel caso della differenza da partecipazione, la differenza da concambio può assumere indifferentemente segno positivo o negativo, essendo tale circostanza determinata unicamente dal rapporto relativo tra i valori dei capitali economici.

Nella differenza da concambio, a differenza che in quella da partecipazione, non esiste infatti la possibilità di comparare il costo effettivamente sostenuto per l'acquisto della partecipazione con la corrispondente quota parte del patrimonio netto contabile della partecipata stessa; in tale caso infatti la differenza emergente è sicuramente attribuibile nelle modalità sopra illustrate a elementi e/o fatti della partecipata. Il rapporto di cambio invece non può avere come riferimento altro se non la necessità di far concorrere i soci delle società partecipanti alla fusione in una determinata percentuale al capitale della nuova compagine. Ma allora basterebbe semplicemente ridistribuire tra gli azionisti tutte le azioni delle società partecipanti alla fusione per ottenere gli obbiettivi di cui sopra; in tale caso la somma dei capitali delle diverse aziende sarebbe automaticamente identica all'ammontare del capitale della nuova azienda. La pratica impossibilità di attuare questa soluzione comporta l'emergere nel bilancio successivo alla fusione di differenze, di origine assolutamente casuale, anch'esse costituenti vôci di patrimonio netto.

La determinazione delle differenze da concambio si basa sulla seguente formula:

Differenza da concambio = (aumento di capitale - % PN della incorporata)

Quando l'aumento di capitale è maggiore della corrispondente percentuale di patrimonio netto della incorporata (e quindi la differenza evidenziata è

positiva) si ha un *disavanzo da concambio* iscritto in *dare* dello stato patrimoniale della incorporante; nel caso opposto (e quindi quando la differenza evidenziata è negativa) si ha un *avanzo da concambio* iscritto in *avere* dello stato patrimoniale della incorporante.

L'**avanzo da concambio** è interpretato, da un punto di vista economico, come un fondo sovrapprezzo azioni. Se esiste un avanzo significa che non tutto il patrimonio netto dell'incorporata è stato convertito in azioni della incorporante e ciò perché a quest'ultima è stato attribuito, in sede di concambio, un maggior valore rispetto all'incorporata. Il sovrapprezzo pagato dagli azionisti della incorporata per acquisire le azioni della incorporante è appunto rappresentato dalle riserve e dalla eventuale parte del capitale sociale della incorporata cui non corrisponde l'aumento di capitale sociale dell'incorporante.

Il **disavanzo da concambio** potrebbe essere definito in maniera speculare a quanto affermato per l'avanzo. Si tratterebbe cioè del sacrificio patrimoniale che gli azionisti della incorporante devono compiere in termini di maggiore aumento del capitale - e quindi di maggior numero di azioni della incorporante assegnate ai soci entranti, con conseguente minor controllo sulla società da parte dei vecchi soci - pur di porre in essere l'operazione.

Gli aspetti più strettamente attinenti ai problemi di rappresentazione contabile nel bilancio destinato a pubblicazione delle differenze di fusione (avanzo e disavanzo da concambio e da partecipazione) saranno oggetto di analisi nella parte relativa alle tematiche fiscali.

ESERCITAZIONE

Caso ALFA: fusione per incorporazione di società interamente posseduta.

Gli stati patrimoniali delle società "A" incorporante e "B" incorporata sono:

Stato patrimoniale di A			
Partecipazione	500	Passività diverse	550
Altre attività	400	Capitale sociale	300
		Riserve	50
	---		---
Totale	900	Totale	900

Stato patrimoniale di B			
Attività diverse	600	Passività diverse	300
		Capitale sociale	200
		Riserve	100
	---		---
Totale	600	Totale	600

La società "A" controlla la "B" al 100%, quindi la partecipazione iscritta nel bilancio di "A" corrisponde al totale del patrimonio netto di "B". L'operazione di incorporazione di "B" in "A" è semplicissima in questo caso: essa si risolve nel confluire delle attività e passività di "B" nello stato patrimoniale di "A". Poiché non vi è corrispondenza tra il valore contabile della partecipazione di "A" in "B" e il patrimonio netto contabile di "B" si evidenzierà un disavanzo da partecipazione.

$$\text{Disavanzo da partecipazione} = (500 - 300) = 200$$

Come si vedrà, questo valore fiscalmente può essere portato in aumento del valore dei beni - anche se non di tutti - della incorporata, confluiti in "A".

Le scritture contabili redatte dalla società incorporante saranno:

Attività diverse a Diversi	600	
Per rilevazione attività e passività di B incorporata		
a Passività diverse		300
a Soc B c/fusione		300
Diversi a Partecipazione		500
Per storno partecipazione in B e rilevazione del disavanzo da partecipazione		
Società B c/fusione	300	
Disavanzo da partecipazione	200	

Il bilancio della incorporante *post* fusione sarà:

Stato patrimoniale di A *post* fusione			
Attività diverse	1000	Passività diverse	850
Disavanzo purchase	200	Capitale sociale	300
		Riserve	50
	------		------
Totale	1200	Totale	1200

Nel caso di rivalutazione dei beni della incorporata - come sopra indicato - in dare comparirà solo la voce attività diverse per 1200.

Caso BETA: fusione per incorporazione tra società non collegate.

IPOTESI

1) Gli stati patrimoniali delle società "A" incorporante e "B" incorporata sono:

Stato patrimoniale di A			
Immobilizzazioni	1400	Passività diverse	1050
Attivo circolante	400	Capitale sociale	500
		Riserve	250
	------		------
Totale	1800	Totale	1800

Stato patrimoniale di B			
Immobilizzazioni	800	Passività diverse	750
Attivo circolante	450	Capitale sociale	400
		Riserve	100
	------		-------
Totale	1250	Totale	1250

2) Il valore nominale delle azioni di entrambe le società è 1;
3) Il valore del capitale economico di "A" è 800 e quello di "B" è 1000.

FASI DELL'OPERAZIONE

1) Determinazione del rapporto di cambio.

Si fa l'ipotesi di una perfetta corrispondenza tra il concambio teorico e quello effettivo risultante, come visto, dalla negoziazione tra le parti. Si sa che:

valore economico di A = 800
valore economico di B = 1000
numero di azioni esistenti di A = 500
numero di azioni esistenti di B = 400

Il rapporto di cambio risulterà allora essere pari a:

Rapporto di cambio = (1000/800) * (500/400) = 25/16

Ciò significa che per ogni 16 azioni di B (incorporata) annullate saranno emesse e assegnate ai soci di B 25 azioni di A.

2) Determinazione dell'aumento di capitale di A e delle differenze da concambio.

Sulla base del rapporto di cambio ora determinato si calcola l'aumento di capitale sociale della incorporante a servizio dei soci della incorporata. A

tale fine si deve prima determinare il numero totale delle azioni incorporante che è necessario emettere, moltiplicando il rapporto di cambio per il numero di azioni dell'incorporata esistenti; poi quantificare l'effettivo aumento di capitale moltiplicando il numero così ottenuto per il valore nominale delle azioni della incorporante:

N° azioni da emettere = (25/16) * 400 = 625

Aumento di capitale = (625 * 1) = 625

Poiché l'aumento di capitale così determinato risulta essere superiore alla corrispondente quota del patrimonio netto contabile della incorporata[22], si evidenzia un disavanzo da concambio:

Disavanzo da concambio = (625 - 500) = 125

3) Scritture contabili

A questo punto siamo in possesso di tutti gli elementi necessari per procedere alla redazione delle scritture contabili che devono essere redatte dall'incorporante:

(22) In questo caso si deve considerare il 100% del PN di B in quanto le società non sono collegate.

Azioni da cambiare	a capitale sociale	625	625
Per aumento del capitale sociale.			
Diversi	a Diversi		
Per rilevazione attività e passività di B incorporata.			
Immobilizzazioni		800	
Attivo circolante		450	
	a Passività diverse		750
	a Società B c/fusione		500
Diversi	a Azioni da cambiare		625
Per consegna azioni emesse agli azionisti della società incorporata B e determinazione del disavanzo.			
Società B c/fusione		500	
Disavanzo da concambio		125	

Lo Stato Patrimoniale di A *post* fusione presenterà pertanto la seguente composizione:

Stato patrimoniale di A *post* fusione			
Immobilizzazioni	2200	Passività diverse	1800
Attivo circolante	850	Capitale sociale	1125
Disavanzo da conc.	125	Riserve	250
	---		---
Totale	3175	Totale	3175

Posto che la differenza da concambio è da considerarsi, indipendentemente dalla sezione in cui è iscritta, una posta di patrimonio netto, essa va stornata ove possibile con le riserve.

Caso GAMMA: fusione per incorporazione di società collegata.

IPOTESI

1) Gli Stati patrimoniali delle società "A" incorporante e "B" incorporata sono:

Stato patrimoniale di A			
Clienti	1000	Fornitori	2000
Magazzino	1300	Mutui	1000
Impianti	700	Capitale sociale	1000
Partecipazione	1000		
	------		------
Totale	4000	Totale	4000

Stato patrimoniale di B			
Clienti	1500	Fornitori	1500
Magazzino	500	Mutui	1000
Impianti	2000	Capitale sociale	1500
	------		-------
Totale	4000	Totale	4000

2) Il valore nominale delle azioni di A è 1, quello di B è 10.
3) L'incorporante A possiede una partecipazione al 40% nella incorporanda B.
4) Il valore attribuito al capitale economico di A è 5000 e quello attribuito al capitale economico di B è 2500.

FASI DELL'OPERAZIONE

In questo caso si incontrano entrambe le problematiche affrontate con il caso Alfa e con il caso Beta: da un lato è presente una partecipazione di A in B, per cui si deve verificare se esistono differenze da partecipazione; dall'altro, non essendo questa partecipazione totalitaria, ma corrispondente solo al 40% del patrimonio netto di B, a fronte del restante 60% si devono affrontare le problematiche relative alla determinazione del concambio e

delle relative differenze contabili. Si deve procedere considerando i due problemi in modo autonomo e parallelo, seguendo - con riferimento alle due diverse porzioni di capitale, il 40% da un lato e il 60% dall'altro - gli stessi procedimenti individuati nei due casi precedenti.

1) Determinazione del rapporto di cambio

E' noto che:

Valore economico di A = 5000
Valore economico di B = 2500
Numero di azioni esistenti di A = 1000
Numero di azioni esistenti di B = 150

Si avrà quindi che:

Rapporto di cambio = (2500/5000)*(1000/150) = 10/3

Questo significa che per ogni 3 azioni da nominali 10 di B annullate saranno emesse e assegnate ai soci di B 10 azioni di A da nominali 1.

2) Determinazione dell'aumento di capitale di A e della differenza da concambio

Poichè gli "altri soci" posseggono il 60% di B, e quindi 90 azioni su 150, il concambio dovrà essere applicato come segue:

Numero di azioni da emettere = (10/3)*90 = 300
Aumento di capitale = 300*1 = 300

Si ricorda che per stabilire l'aumento di capitale sociale necessario si deve sempre moltiplicare il numero delle azioni da emettere per il valore nominale di ognuna di queste.

Avanzo da concambio = (aumento di capitale - 60% PN di B) =

$$= (300 - 900) = - 600$$

3) Determinazione della differenza da partecipazione

Disavanzo da partecipazione = (partecipazione - 40% PN di B) =

$$= (1000 - 600) = 400$$

4) Scritture contabili

Azioni da cambiare a Capitale sociale	300	300
Per aumento del capitale sociale		
Diversi a Diversi		
Per rilevazione attività e passività di B incorporata		
Clienti	1500	
Magazzino	500	
Impianti	2000	
a Fornitori		1500
a Mutui		1000
a Soc. B c/fusione		1500
Diversi a Partecipazione		1000
Per storno partecipazione in B e rilevazione del disavanzo da partecipazione		
Società B c/fusione	600	
Disavanzo da partecipazione	400	
Società B c/fusione a Diversi	900	
Per consegna azioni emesse agli azionisti della società incorporata B e rilevazione dell'avanzo da concambio		
		300
a Azioni da cambiare		600
a Avanzo da concambio		

Lo Stato patrimoniale di "A" *post* fusione si presenterà quindi così:

Stato patrimoniale di A *post* fusione			
Clienti	2500	Fornitori	3500
Magazzino	1800	Mutui	2000
Impianti	2700	Avanzo da concambio	600
Disavanzo da partecipazione	400	Capitale sociale	1300
	------		------
Totale	7400	Totale	7400

Il disavanzo da annullamento, ipotizzando che vi sia capienza, può essere portato a maggior valore degli impianti; l'avanzo da concambio rappresenta economicamente e in questo caso anche fiscalmente (non essendovi riserve in sospensione d'imposta da ricostruire) un fondo sovrapprezzo azioni per il suo intero ammontare.

D - ASPETTI FISCALI

7 - Il principio di neutralità fiscale

La fusione è un'operazione fiscalmente neutra. Questo è il concetto espresso dal primo e secondo comma dell'art. 123 TUIR, che regola l'operazione per quanto concerne le imposte dirette. Il primo comma così recita: "La fusione tra più società non costituisce *realizzo, né distribuzione* di plusvalenze e minusvalenze dei beni delle società fuse comprese quelle relative alle rimanenze e al valore di avviamento". Viene qui stabilita la neutralità con riferimento alle *società che si fondono* e ai loro *soci.* Il secondo comma ribadisce tale principio con riferimento alla società *risultante o incorporante.* "Nella determinazione del reddito della società risultante dalla fusione o incorporante non si tiene conto dell'avanzo e del disavanzo iscritto in bilancio per effetto del rapporto di cambio delle azioni o quote o dell'annullamento delle azioni o quote di alcune delle società fuse possedute da altre".

A - Il *primo comma* si focalizza sul momento del trasferimento alla

risultante o incorporante del patrimonio delle società che si fondono: il legislatore puntualizza che l'operazione non costituisce né realizzo, né distribuzione delle plusvalenze e minusvalenze. Per le società che si fondono, non si ha quindi "realizzo" dei maggiori valori reali dei beni trasferiti rispetto ai valori contabili degli stessi beni, e per i soci delle stesse società non si considerano "distribuiti" tali maggiori valori.

Il comma in esame conclude disponendo che "le plusvalenze e le minusvalenze risultanti delle situazioni patrimoniali prescritte dall'art. 2502 c.c. non si considerano iscritte in bilancio". Tale norma antecedente all'entrata in vigore del D. Lgs. 22/91 è ora superata, in quanto è ormai definitivamente chiarito che la situazione patrimoniale, volta ad informare i terzi creditori, deve essere redatta con le tecniche di esercizio e non con le tecniche di rivalutazione.

E' inoltre da sottolineare che l'art. 123, al contrario della recente norma sulle scissioni, non statuisce esplicitamente la neutralità del concambio in capo al socio; è peraltro vero che sia l'art. 81 del TUIR relativo ai "capital gain" per le persone fisiche, sia l'art. 53 da applicarsi in caso di cessione di titoli da parte di imprese, disciplinando la tassazione degli utili di tali operazioni si riferiscono a cessioni effettuate a "titolo oneroso", carattere questo che, per dottrina consolidata, manca al concambio. E' appena il caso di rilevare che se, per effetto del concambio, una partecipazione iscritta nel bilancio di una impresa fosse sostituita con una partecipazione dal valore contabile superiore, si avrebbe una plusvalenza iscritta, e perciò tassata ai sensi dell'art. 54 TUIR.

B - Il *secondo comma* dell'art. 123 TUIR stabilisce che sia le differenze da concambio, quanto le differenze da partecipazione sono iscrivibili in bilancio senza alcun effetto sul reddito imponibile della società risultante. Ciò è vero a condizione che i valori dei beni provenienti dalle società fuse o incorporate vengano assunti, senza alcuna maggiorazione, allo stesso valore già esistente e riconosciuto presso le società stesse. Nel caso di iscrizione di maggiori valori - fatto salvo il disposto della seconda parte del comma 2 - si avrà imposizione ai sensi dell'art. 54 TUIR.

Ci si chiede quale sia il *fondamento* del principio di neutralità fiscale della fusione, e in particolare se sia possibile instaurare una relazione tra il

principio di neutralità e le interpretazioni esaminate relative alla natura giuridica dell'istituto. Il trattamento tributario della fusione appare in armonia con le più recenti tendenze dottrinali, le quali, come si è rilevato, considerano la fusione una mera perdita di individualità delle società che si fondono e che sono incorporate, e negano che nel fenomeno sia ravvisabile una ipotesi di successione e quindi una estinzione/creazione. Se si fosse accolta quest'ultima interpretazione, conseguenza inevitabile sul piano fiscale sarebbe stato considerare la fusione come trasferimento di patrimoni, da cui sarebbe derivata l'imposizione dei plusvalori, anche latenti, relativi ai beni trasferiti.

8 - Il trattamento tributario delle differenze di fusione.

8.1 - Il disavanzo da partecipazione.

La seconda parte del comma 2 dell'art. 123 TUIR recita: " (...) nella determinazione del reddito della società risultante dalla fusione o incorporante non si tiene conto delle plusvalenze inscritte in bilancio fino a concorrenza della differenza tra il costo delle azioni o quote delle società incorporate o annullate per effetto della fusione e il valore del patrimonio netto delle società stesse risultante dalle scritture contabili". Tale norma, che introduce un principio peculiare al nostro ordinamento, è una evidente deroga al principio generale di neutralità delle fusioni. Con il disavanzo da partecipazione è quindi possibile rivalutare i *beni patrimoniali della incorporata.* La rivalutazione, sotto un profilo più strettamente civilistico ed economico-aziendale, è però possibile solo se i nuovi valori delle attività sono concretamente giustificati e funzionali alla produzione del reddito in futuri esercizi. Questo significa che non dovrebbe essere sufficiente che i beni dell'incorporata evidenzino solo maggiori valori di mercato per poter effettuare le rivalutazioni; essi dovrebbero invece esprimere tale maggiore valore in quella particolare situazione di impresa.

Si deve prima di tutto chiarire un punto elementare, ma che può essere fonte di gravi errori: è concettualmente errato utilizzare il disavanzo da partecipazione per rivalutare i *beni dell'incorporante.* Il principio di neutralità della fusione esclude che vi sia imposizione relativamente alle sole plusvalenze dei beni che sono trasferiti alla incorporante dalle incorporate.

Ciò non toglie la possibilità di effettuare delle rivalutazioni o svalutazioni sui beni dell'incorporante, che potrebbero essere necessari da un punto di vista economico, in funzione di possibili aumenti o diminuzioni di valore in relazione al loro inserimento nel nuovo complesso produttivo. In ogni caso si tratterebbe di plusvalenze non esenti e di minusvalenze non deducibili.

Resta da considerare la possibilità di rivalutare i valori di *magazzino* dell'incorporata. Tale possibilità viene fiscalmente disconosciuta poiché il magazzino, per definizione, non comprende beni strumentali, e quindi genera ricavi e non plusvalenze. La norma di cui al secondo comma dell'art. 123, invece, prevede la possibilità di iscrivere "plusvalenze", in esenzione, in luogo del disavanzo da partecipazione. Per lo stesso motivo l'Amministrazione Finanziaria disconosce la possibilità di rivalutare i titoli e le partecipazioni possedute dalla incorporata. In realtà non sembra così infondata l'argomentazione letterale proposta dalla dottrina a favore della rivalutazione del magazzino: si sostiene che nello stesso art.123 TUIR al primo comma il legislatore utilizza il termine plusvalenza estendendo il suo significato anche al magazzino ed all'avviamento. In relazione infine alla possibilità di utilizzare il disavanzo da partecipazione per iscrivere un avviamento, in seno all'incorporante si è sviluppata una ampia letteratura, che vede contrapposta la dottrina, unanimemente favorevole, ed il Fisco, da sempre contrario nonostante importanti pronuncie giurisprudenziali (Cassazione 1986)[23].

8.2 - Il disavanzo da concambio.

L'art. 123, c. 2 TUIR nella sua stesura originaria, dopo aver sancito l'irrilevanza dell'avanzo e del disavanzo, aveva previsto un'estensione del regime di iscrizione delle plusvalenze in esenzione di imposta, stabilita in relazione alle fusioni senza concambio, anche alle fusioni con concambio di azioni. Disavanzo da concambio e da partecipazione erano del tutto equiparati, e quindi entrambi utilizzabili per rivalutazioni in esenzione di imposta. Alcuni autori giustificavano il dettato normativo rilevando la stretta analogia esistente, sotto il profilo concettuale, tra il costo sostenuto

---

(23) Si confronti in proposito la disamina svolta da Garegnani G. e Perotta. R.. GAREGNANI G. e PEROTTA R., *Il trattamento fiscale delle differenze di fusione*, in "Economia & Management", n. 3/89.

dall'incorporante per l'acquisto delle azioni o quote della società incorporata - nella fusione senza concambio - e il "costo" sostenuto dalla stessa per aumentare il proprio capitale a fronte dell'annullamento delle azioni dell'incorporata - nella fusione con concambio.

E' peraltro vero che l'aumento di capitale è funzione del rapporto di cambio e questo, anche se definito congruo nella relazione degli esperti, ben difficilmente, per sua stessa natura, può essere un valore in tutto e per tutto oggettivo: a maggior ragione allora non si può probabilmente affermare che esso rappresenti un "costo", se non in senso lato. Inoltre, permettere di iscrivere plusvalenze a fronte del disavanzo da concambio, avrebbe portato a trasformare le fusioni in un agevole strumento di rivalutazione dei beni. Le parti avrebbero potuto infatti stabilire dei rapporti di cambio ad hoc, tali da fare sempre emergere delle differenze positive tra l'aumento di capitale e il valore corrispondente del patrimonio netto dell'incorporata. Il legislatore fiscale, ha, di conseguenza, rettificato l'art. 123, cancellando questa previsione così apertamente favorevole al contribuente: l'iscrizione del disavanzo da concambio nell'attivo patrimoniale è oggi fiscalmente neutrale.

8.3 - L'avanzo da concambio.

Si è visto nei precedenti paragrafi come l'avanzo da concambio abbia sostanzialmente natura di fondo sovrapprezzo azioni. Coerentemente con questa interpretazione l'art. 44 del TUIR, nella sua stesura originaria, disponeva che "non costituiscono utili le somme e i beni ricevuti dai soci delle società soggette a IRPEG a titolo di ripartizione di riserve o altri fondi costituiti con sovrapprezzi di emissione delle azioni o quote, con interessi di conguaglio versati dai sottoscrittori di nuove azioni o quote, con avanzi di fusione ". L'espressione "con avanzi di fusione " è stata soppressa dall'art. 26, c. 5, L. 27 aprile 1989, n. 154.

E' peraltro probabilmente errato sostenere che, a causa della soppressione delle parole "avanzo di fusione", quest'ultimo sia implicitamente tassato, sempre e comunque, in caso di distribuzione. Vanno in proposito fatte alcune precisazioni. Prima di tutto il legislatore ha giustamente eliminato l'esplicito e generico richiamo all'avanzo di fusione poiché probabilmente, così come esso era formulato, tale richiamo rappresentava un errore concettuale. Solo l'avanzo da concambio ha infatti

natura di sovrapprezzo, mentre l'avanzo da partecipazione può trovare la propria giustificazione in fattori diversi, ma non rappresenta il sacrificio patrimoniale sopportato dai soci dell'incorporata per entrare a far parte della compagine sociale dell'incorporante. Pertanto, anche se la norma è stata resa, in un certo senso, ambigua, si può sostenere che, a causa della sua natura di sovrapprezzo, l'avanzo da concambio, sotto il profilo fiscale, sia distribuibile, per la parte che residua dopo aver ricostituito le riserve tassabili in caso di distribuzione.

8.4 - L'avanzo da partecipazione.

Si è visto che, nella maggior parte dei casi, l'avanzo da partecipazione trova origine nella acquisizione della partecipazione in tempi antecedenti alla fusione, talché, nell'intervallo di tempo trascorso tra tali accadimenti, il patrimonio netto della partecipata si è incrementato per effetto di utili non distribuiti. Da qui l'emergere, al momento della fusione, di un avanzo da partecipazione la cui natura è quella propria degli utili che avevano, a tempo debito, dato origine alle riserve di patrimonio, origine, a loro volta, della posta contabile in questione. Di conseguenza l'avanzo da partecipazione è una vera e propria posta di netto, da riclassificare fiscalmente, per quanto concerne la corretta applicazione della norma di cui all'art. 105 del TUIR, in funzione dell'assoggettamento a tassazione delle riserve della partecipata.

9 - Il principio del subentro.

Il terzo comma dell'art. 123 TUIR enuncia il principio del subentro della società risultante dalla fusione o incorporante negli obblighi e nei diritti delle società fuse o incorporate relative alle imposte sui redditi. Tale norma è in linea con il principio enunciato dall'art. 2504 bis comma 1 c.c. (la società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società estinte).

9.1 - Il regime dei fondi in sospensione di imposta.

Il quarto comma dell'art. 123 regola il subentro distinguendo tra due categorie di fondi in sospensione di imposta:

A) *Fondi tassabili qualunque sia la causa della loro estinzione.* Tra

questi ricordiamo ad esempio i fondi plusvalenze da reinvestire, i fondi accantonamento sopravvenienze attive di cui al comma 3 dell'art. 55 TUIR, le riserve da condono.

B) *Fondi tassabili solo in caso di distribuzione.* Rientrano in questa categoria ad esempio i saldi attivi di rivalutazione monetaria di società di capitali.

* *Il primo gruppo.*

Comprende le riserve che devono necessariamente essere ricostituite in bilancio: indipendentemente dalla ragione che sta alla base della loro mancata iscrizione, e quindi letteralmente della loro "estinzione", esse sono soggette a imposizione. Nella nota illustrativa allo schema di Testo Unico si legge: "Poiché il fondo in sospensione, al pari di ogni altra componente del patrimonio netto delle società fuse o incorporate, si estingue all'atto della fusione, sarà necessario, per conservare lo stato di sospensione, che la società risultante dalla fusione o incorporante lo ricostituisca nel proprio bilancio attingendo all'eventuale avanzo di fusione o in altro modo (non essendo ciò rilevante ai fini fiscali)".La società risultante dalla fusione o incorporante, quindi, non riceve nel suo patrimonio fondi in sospensione (estinti per effetto della fusione), ma "subentra nella situazione di sospensione" a patto che ricostituisca i fondi stessi nel suo bilancio. A tal fine si dovranno utilizzare l'avanzo di fusione, o, in mancanza, le riserve libere esistenti nel patrimonio netto della risultante o incorporante. La parte che, non trovando copertura in questi elementi, non è ricostituita, viene assoggettata a imposizione.

* La regola generale ora vista non viene applicata per i *fondi tassabili solo in caso di distribuzione*. Due sono i casi che si possono prospettare:

1) I fondi sono stati imputati al capitale delle società fuse o incorporate in un momento precedente la fusione. In questa particolare situazione essi si ritengono trasferiti nel capitale della risultante o incorporante e concorrono a formare il reddito in caso di riduzione del capitale per esuberanza.

2) I fondi non sono stati imputati al capitale. Come visto le poste di netto si estinguono in occasione della fusione: non si configura quindi con la fusione una ipotesi di distribuzione ai soci. Poiché la categoria di fondi in esame è soggetta a imposizione solo ed esclusivamente in questa ultima situazione, il legislatore fiscale in prima istanza permette la totale estinzione dei fondi stessi. Questa regola non si applica però in due circostanze: a) se e

nel limite in cui vi sia un avanzo di fusione; b) se e nel limite in cui vi sia un aumento di capitale per ammontare superiore al capitale complessivo delle società partecipanti alla fusione, o dell'incorporata al netto delle quote di capitale di ciascuna di esse già possedute dalla stessa (incorporante o risultante) o da altre società che partecipano alla fusione.

Il principio che regge il dettato normativo, apparentemente complesso, è invece relativamente semplice: l'avanzo di fusione e il maggiore aumento del capitale sociale si generano proprio a fronte del fatto che, nel bilancio delle società fuse o incorporate, esistono fondi in sospensione del tipo in esame. Valga il seguente esempio. Se l'incorporata B presenta un patrimonio netto di 1000, all'interno del quale si identificano un capitale sociale di 700 e una riserva di rivalutazione di 300, emergerà un avanzo da concambio nel momento in cui l'incorporante A aumenta il capitale per un valore inferiore a 1000. Se, ad esempio, ipotizziamo un aumento di capitale di 700, rileveremo un avanzo da concambio pari a 300. Questo ammontare verrebbe - nel silenzio della norma - accantonato come posta di netto liberamente distribuibile in quanto, abbiamo visto, rappresentativo di un sovrapprezzo azioni. Ciò non sarebbe però accettabile dal punto di vista fiscale poiché l'avanzo non rappresenta altro che il riemergere nel bilancio della incorporante della riserva di rivalutazione esistente nel bilancio dell'incorporata, la quale va pertanto ricostituita.

9.2 - Il riporto delle perdite

La normativa fiscale consente di riportare "a nuovo", ai fini fiscali, le perdite di esercizio, compensandole cioè con i redditi degli esercizi successivi (non oltre il quinto). Poiché per effetto della fusione, come si è visto, la società risultante o incorporante subentra in tutti i diritti e gli obblighi delle partecipanti o incorporate, vi è anche il subentro nel diritto del "riporto a nuovo delle perdite". Peraltro tale fattispecie consentiva manovre di tipo elusivo, spesso concretizzantesi nell'incorporazione di società sostanzialmente inattive (cosiddette bare fiscali) con perdite fiscali pregresse.

Al fine di arginare il problema il legislatore fiscale ha imposto nel tempo rispettivamente una condizione e tre limiti al riporto delle perdite.

La *condizione* richiesta concerne la operatività della società in perdita. Non sussiste alcun diritto al riporto se non esiste più "l'attività economica"

cui tali perdite si riferiscono. Il legislatore ha perciò stabilito che si possono riportare le perdite dell'incorporata quando l'ammontare dei ricavi e quello del costo del personale dell'ultimo esercizio sono superiori al 40% dei ricavi e del costo del personale risultanti dalla media dei due esercizi precedenti.

Una volta accertata la sussistenza di questa condizione, si può passare a considerare quali sono i *limiti* massimi al riporto:

1) Le perdite delle società partecipanti, compresa l'incorporante, possono essere riportate per la sola parte che non eccede l'ammontare del rispettivo *patrimonio netto* quale risulta dall'ultimo bilancio o, se inferiore, dalla situazione patrimoniale di cui all'art. 2502 cc. Il limite riguarda tutte le società, inclusa l'incorporante, la quale quindi può vedere diminuito il proprio diritto al riporto delle perdite ove esse eccedano l'ammontare del suo patrimonio netto. Poiché questo limite poteva essere facilmente aggirato "rimpinguando" il patrimonio netto della incorporata con conferimenti prima di dare attuazione alla fusione, è stato introdotto un ulteriore inciso in base al quale nel calcolo non si deve tener conto dei conferimenti e dei versamenti effettuati nei ventiquattro mesi anteriori alla data cui è riferita la situazione patrimoniale.

2) Fino all'entrata in vigore della Legge n. 154/89, la società incorporante poteva godere di una duplice deduzione delle perdite della incorporata: prima della fusione era possibile procedere alla svalutazione - fiscalmente rilevante *ex* art. 61 TUIR - del valore della partecipazione; una volta attuata l'operazione era possibile procedere al riporto delle perdite. Tale ingiustificato beneficio è stato soppresso. L'art. 123 c.4 nella sua attuale forma stabilisce che le perdite *non sono computabili in diminuzione,* ai sensi dell'art. 102 TUIR fino a concorrenza dell'ammontare delle svalutazioni fiscalmente ammesse in sede di valutazione delle azioni o quote, e ciò tanto nell'ipotesi in cui la svalutazione sia stata effettuata dalla società incorporante ovvero da altra società partecipante alla fusione, quanto nell'ipotesi in cui detta svalutazione sia stata operata da un'impresa terza che ha poi ceduto le azioni o quote a una delle società partecipanti alla fusione dopo l'esercizio cui si riferisce la perdita e prima dell'atto di fusione.

3) Un ultimo limite al riporto introdotto dal D. Lgs. n. 69/89, per il quale è invece difficile trovare una logica, comporta che le perdite fiscali computabili in diminuzione del reddito della società incorporante siano decurtate di un importo corrispondente alle plusvalenze iscritte in bilancio in

esenzione di imposta fino a concorrenza del disavanzo da partecipazione.

10 - Gli effetti fiscali della fusione, la dichiarazione dei redditi delle società fuse o incorporate.

L'art. 123 c. 7 TUIR introduce la possibilità di far decorrere gli effetti fiscali della fusione da una data anteriore a quella in cui la fusione ha efficacia. Due sono le condizioni dettate perché una tale retroazione sia possibile:

1 - La prima si individua nella necessità di inserire e precisare la data di decorrenza convenzionale degli effetti fiscali nell'atto di fusione: una eventuale retroazione deliberata da tutte le società partecipanti alla fusione ma non ribadita nel successivo atto di fusione dovrebbe ritenersi inefficace.
2 - La seconda prevede un limite temporale. Il c.7 dell'art.123 TUIR stabilisce che gli effetti della fusione possono decorrere "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".

L'art. 11 del D.P.R. n. 600/73 dispone che la società risultante o incorporante deve presentare, entro quattro mesi dalla data in cui la fusione ha effetto ai fini fiscali la dichiarazione dei redditi relativa alla frazione di esercizio compresa tra la data di inizio dello stesso e quella succitata a partire dalla quale ha effetto la fusione.

In particolare il sesto comma dell'art. 123 TUIR stabilisce che il reddito delle società fuse o incorporate relativo a tale periodo di imposta è determinato secondo le norme applicabili ad ogni tipo di società redigendo un apposito conto Profitti e Perdite. Se la società fusa o incorporata è una società di persone il reddito di quel periodo è determinato secondo le disposizioni contenute nel capo VI - Redditi d'impresa - del TUIR, mentre se si tratta di una società di capitali il reddito dello stesso periodo è determinato in base al titolo II - Imposta sul reddito delle Persone Giuridiche-.

E' evidente che, nel caso gli effetti fiscali della fusione si facciano retroagire alla data di inizio del periodo di imposta e l'esercizio sociale abbia la stessa decorrenza per tutte le società partecipanti, la società incorporante

o risultante non dovrà presentare alcuna dichiarazione dei redditi per la frazione dell'esercizio o la presenterà solo per quella società il cui periodo di imposta decorre con data anteriore a quella fissata per l'efficacia fiscale della fusione.

11 - La normativa anti-elusione.

Si è visto che l'operazione di fusione è sempre stata oggetto di notevole attenzione da parte del legislatore tributario in quanto fonte di possibile elusione; gli esempi più importanti sono stati, nel passato, il cosiddetto "commercio delle bare fiscali", cui si accennava sopra, e l'utilizzo spesso discutibile delle operazioni di fusione solo ai fini di rivalutazioni di cespiti dell'attivo, con corrispondente evidenziazione di maggiori ammortamenti e/o minori plusvalenze in caso di successiva cessione dei cespiti stessi. Prima dell'emissione della L. n. 408/90, per fronteggiare il problema l'Amministrazione Finanziaria doveva ricorrere alla legge civilistica, in particolare all'art. 1344 codice civile riguardante in generale la nullità dei negozi in frode alla legge[24]. L'art.10 della legge 408/90, introdotto allo scopo di arginare le operazioni straordinarie condotte a termine con sole finalità di elusione fiscale, così dispone: "E' consentito all'Amministrazione Finanziaria disconoscere ai fini fiscali la parte di costo delle partecipazioni sociali sostenute e comunque i vantaggi tributari conseguiti in operazioni di fusione, concentrazione, trasformazione, scorporo e riduzione di capitale, poste in essere senza valide ragioni economiche ed allo scopo esclusivo di ottenere fraudolentemente un risparmio di imposta".

Molti sono i dubbi interpretativi cui questa norma da adito[25].

1 - Prima di tutto viene attribuito il *"diritto di disconoscere"* ai fini fiscali, i vantaggi tributari conseguiti. Non si parla esplicitamente di un diritto-dovere, ma è lasciata all'Amministrazione Finanziaria libertà di azione: essa può anche non intervenire.

2 - Per essere censurabili le operazioni di fusione devono *"essere poste in*

---

(24) PERUCCI U., *Operazioni societarie e norma anti-elusione*, 1991, in "Bollettino Tributario", n.3.

(25) Per l'analisi di questo aspetto si fa riferimento alla lucida analisi fatta dal Desideri. DESIDERI S., *Operazioni societarie elusive: 10 questioni da meditare*, in "Corriere Tributario" n. 18/92.

essere senza valide ragioni economiche". I motivi che inducono gli operatori a porre in essere una fusione devono pertanto assumere due connotazioni: esse devono essere "validi" ed "economici". L'espressione risulta vaga. Si è detto in dottrina che per "valide" deve intendersi concrete, riconoscibili ad occhi imparziali; mentre "economiche" può essere contrapposto a "fiscali" e individuato quindi in modo residuale. In ogni caso si è lontani dal chiaro dettato in materia di elusione della direttiva C.E.E. n. 434/90 cui la legge in esame si è ispirata, il quale classificava come lecite le operazioni fatte con finalità di ristrutturazione e razionalizzazione dell'attività delle società partecipanti all'operazione.

3 - Ciò che più lascia perplessi è però il fatto che l'operazione deve essere stata posta in essere *"...allo scopo esclusivo di ottenere fraudolentemente un risparmio di imposta"*. Questa condizione e la precedente devono verificarsi tutte e contemporaneamente perché l'Amministrazione Finanziaria possa disconoscere l'operazione: l'applicazione effettiva della norma è perciò molto difficile. Ciò è vero soprattutto se si pensa al forte peso della seconda condizione. Si parla di "scopo elusivo": se esiste concorso di scopi che veda presenti da un lato delle valide ragioni economiche (anche se minime) e dall'altro lo scopo (magari palesemente dominante) di ottenere un risparmio di imposta, l'operazione non può essere disconosciuta.

Dubbi sorgono poi sull'uso dell'espressione, tipicamente appartenente al diritto penale, "fraudolentemente". Si ritiene che essa non possa essere considerata un semplice rafforzativo del diritto: essa porta con sé una connotazione e richiede qualcosa in più ossia la presenza di un'ulteriore attività consistente in artifici o false rappresentazioni del vero.

Sul punto è recentemente intervenuto il Servizio Centrale degli Ispettori Tributari (SECIT) con la delibera n. 105/94 che qui riportiamo per le parti che interessano:

"**Condizioni (o presupposti) di applicabilità** - Sono essenzialmente due, l'assenza di valide ragioni economiche e lo scopo di risparmio di imposta, strettamente connesse tra loro.

L'esclusività dello scopo non può essere intesa che come sottolineatura del rigore con il quale deve valutarsi la sussistenza della prima condizione, mentre va escluso che l'avverbio "fraudolentemente" esprima qualcosa di più della connotazione complessiva dell'operazione come abuso dello strumento negoziale. In altri termini, esso non introduce nella fattispecie alcun ulteriore elemento riconducibile all'accezione penalistica dell'"artificio" o del

"raggiro".

Campo di applicazione e sue conseguenze - L'uno è limitato alle operazioni tassativamente elencate e alle imposte dirette, le altre al disconoscimento non degli effetti civili, e neppure di altri effetti fiscali dell'operazione, ma solo di quelli relativi al costo di una partecipazione societaria, o consistenti in altri vantaggi tributari altrimenti conseguiti o conseguibili quale effetto dell'operazione.

Applicazione alle fusioni. Casistica - Lo scopo del vantaggio tributario si realizza, nel caso delle fusioni, principalmente mediante uno schema tipico: la società A, spesso di recente costituzione, con capitale minimo, acquista il pacchetto della società B che ha plusvalenze patrimoniali implicite, per un prezzo corrispondente al valore economico del patrimonio; la successiva incorporazione di B consente ad A di rivalutarne i beni per la differenza tra il patrimonio reale e quello contabile, in esenzione di quelle imposte (articolo 123.2) che B avrebbe dovuto assolvere per analoga rivalutazione.

Indici e criteri di valutazione della mancanza di valide ragioni economiche - I primi sono costituiti, tra l'altro, dalla sostanziale continuità del processo produttivo, con le stesse modalità e gli stessi mezzi, prima e dopo la fusione, con l'unica novità, trascurabile sotto il profilo economico, che gli stessi soggetti proseguono nella gestione della stessa impresa direttamente anziché indirettamente.

Il giudizio sull'effettiva sostanza economica dell'operazione, poi, dev'essere formulato, in ossequio al testo normativo, di cui altrimenti si vanificherebbe l'applicazione, con escluso riferimento alla fusione e ai soggetti a essa partecipanti, e senza tener conto degli atti e delle negoziazioni preparatorie. Né ha rilevanza, a tal fine, il fatto che l'operazione complessiva si sia svolta nell'ambito di un gruppo, o di una famiglia, ovvero con la partecipazione di terzi estranei.

Efficacia temporale della norma - La data di entrata in vigore della legge è quella del 1° gennaio 1991, ma la norma antielusiva non si applica alle fusioni deliberate da tutti i soggetti interessati entro il 30 ottobre 1990, ancorché stipulate dopo il primo gennaio 1991."

Come recentemente commentato in dottrina (R. Rizzardi Sole 24ore del 9 agosto 1994 da cui queste note traggono spunto) la delibera del SECIT compie una individuazione delle operazioni elusive strutturata in modo tale, da far ritenere elusiva qualsiasi fusione per incorporazione di una società costituita o acquistata in epoca non sospetta.

In merito all'originario acquisto della partecipazione, viene considerata infatti irrilevante, ai fini della valutazione della elusività dell'operazione, la presenza di venditori del tutto credibili, come società che hanno alienato in contrasto di interessi con l'acquirente, e che hanno assoggettato a tassazione la plusvalenza da loro conseguita. E' noto infatti che l'elusività dell'operazione di fusione trova alimento nella inesistenza della plusvalenza in capo al cedente della partecipazione, che viene in seguito incorporata. La delibera afferma in merito che l'elusività deve essere valutata "con esclusivo riferimento alla fusione e ai soggetti a essa partecipanti, e senza tener conto degli atti e delle negoziazioni preparatorie". Non ha rilevanza, a tal fine, il fatto che l'operazione complessiva (dall'acquisizione della partecipazione alla fusione) si sia svolta nell'ambito di un gruppo, ovvero con la partecipazione di terzi estranei.

I caratteri della elusività dell'operazione, secondo il SECIT, sono da ricercarsi nella "sostanziale continuità del processo produttivo, con le stesse modalità e gli stessi mezzi, prima e dopo la fusione, con l'unica novità, trascurabile sotto il profilo economico, che gli stessi soggetti proseguono nella gestione della stessa impresa direttamente anzichè indirettamente".

La vera operazione elusiva, cui intendeva riferirsi l'organo di controllo, è quella secondo cui il soggetto economico, che da sempre controlla una società produttiva, vende le azioni o quote ad una holding, appositamente costituita, con un pagamento più formale che sostanziale. Dopo di che la holding incorpora la società produttiva, cambiando la propria ragione sociale in quello della società produttiva (elemento che viene, opportunamente, considerato nella relazione come indizio di elusività). Soci ed amministratori, salvo qualche inserimenti di familiari o dirigenti, rimangono sempre gli stessi.

Applicando invece il criterio del SECIT del solo passaggio dalla gestione indiretta (per il tramite della partecipazione) a quella diretta (a seguito dell'incorporazione), diventano elusive anche operazioni con validissimi scopi economici. Se ad esempio una società produttiva acquista la totalità del pacchetto azionario di un'altra società produttiva, gli amministratori della acquirente acquisiscono anche la gestione della società acquistata.

Prima di incorporare la società acquistata, con sicure e validissime ragioni economiche, passano sei-otto mesi, e così, con il criterio del Secit, l'operazione è elusiva perchè, limitando l'esame alla sola fusione, l'acquirente - al momento della fusione - già gestiva l'analoga struttura della società

acquisita, sia pure in modo indiretto.
E' comunque allo studio una nuova norma che probabilmente renderà obsoleto il dibattito sui fini elusivi della fusione; tale norma prevede di rendere le operazioni di fusioni neutre sotto il profilo fiscale, eliminando qualsivoglia valenza, a tali fini, dalle rivalutazioni operate mediante l'utilizzo del disavanzo da annullamento. In altre parole, così come già avviene negli altri Paesi della CEE, sarà ben possibile procedere alla rivalutazione, ma il bene rivalutato manterrà, fiscalmente, il valore precedente alla rivalutazione stessa.

Il contribuente può, nei casi dubbi, ricorrere all'istituto del cosiddetto *ruling*. La legge 413/91[26] prevede al capo secondo art. 21 la possibilità di interpellare la Amministrazione Finanziaria da parte del contribuente. La prima fra le norme elusive richiamate è l'art. 10 della Legge n. 408/90. In particolare il primo comma di tale articolo istituisce alle dirette dipendenze del Ministero delle Finanze, il Comitato Consultivo per l'applicazione delle norme antielusive, cui è demandato il compito di emettere pareri su richiesta dei contribuenti.

Il contribuente può, anche prima della conclusione di un contratto, di una convenzione o di un atto che possa dare luogo all'applicazione di tale articolo, richiedere preventivamente il parere alla direzione generale del Ministero delle Finanze fornendo tutti gli elementi conoscitivi utili al fine di una corretta qualificazione tributaria della fattispecie. Trascorsi sessanta giorni dalla richiesta, in caso di mancata risposta o nel caso in cui essa sia stata ricevuta, ma il contribuente non intenda uniformarsi ad essa, è possibile ricorrere al Comitato Consultivo.

Se quest'ultimo non risponde nei successivi sessanta giorni, può essere presentata una formale diffida ad adempiere; dopo ulteriori sessanta giorni il silenzio del Comitato può essere interpretato come *silenzio assenso*. Nella eventuale fase contenziosa l'onere della prova è posto a carico della parte che non si è uniformata al parere del Comitato.

---

(26) In "Bollettino tributario" n. 1/92.

12 - Le imposte indirette.

12.1 - L'imposta sul valore aggiunto.

In tema di IVA le operazioni di fusione non pongono questioni di sorta: esse sono *escluse* da imposizione. Ai sensi dell'art. 2, c. 3, 1. f) e dell'art. 3, c. 4, 1. d) del D.P.R. 633/72, infatti, non sono considerate cessioni di beni e prestazioni di servizi i passaggi di beni effettuati in dipendenza di fusioni o trasformazioni di società e di analoghe operazioni.

12.2 - L'imposta di registro.

L'art. 7 della legge 16 dicembre 1977 n. 904 recita: "La fusione di società di qualsiasi tipo sono soggette all'imposta di registro con l'aliquota dell'1% dell'ammontare imponibile di cui all'art. 47, c. 6, D.P.R. 634/72 (ora c. 4, art. 50. D.P.R. 131/86). L'aliquota è ridotta allo 0,5% se la fusione avviene tra società con sede e operanti nel mezzogiorno....".

Il c. 5 dell'art. 50 D.P.R. 131/86, aggiunge: "per le fusioni di società di ogni tipo la base imponibile è costituita dall'ammontare risultante dalle situazioni patrimoniali di cui all'art. 2502 c.c., del capitale sociale e delle riserve delle società fuse o, se la fusione è eseguita per incorporazione, di quelle incorporate".

E' stato sottolineato in dottrina[27] come la norma, così come è formulata, penalizzi le fusioni proprie, in favore di quelle per incorporazione, ciò in particolare nei casi in cui la incorporata abbia un valore di netto inferiore. In questo è intravisto uno dei motivi - oltre alle ovvie considerazioni in tema di disavanzo da partecipazione - per la preferenza che la prassi in Italia ha da sempre accordato alle fusioni per incorporazione.

Un problema che si presenta nell'applicazione dell'imposta di registro è la determinazione dell'imponibile. L'Amministrazione Finanziaria ritiene che il comma 5 dell'art. 50 sopra riportato si limiti a considerare il capitale sociale e i fondi di riserva escludendo sia - in aumento - gli utili di esercizio, che - in diminuzione - le perdite di esercizio. Di opinione opposta sono le Commissioni Tributarie. Si cita in proposito la decisione n. 171 della Commissione Tributaria di primo grado di Treviso del 15 febbraio del 1984

---

(27) GARDI F., op. cit., pag. 245.

secondo cui è deducibile dal capitale sociale e dalle riserve anche l'eventuale perdita in quanto interpretabile come "riserva negativa".

Oltre a quanto affermato, va ricordato che, sia i verbali di assemblea straordinaria con i quali è approvata la fusione, quanto l'atto di fusione, sono soggetti a imposizione in termine fisso.

12.3 - L'imposta comunale sull'incremento di valore degli immobili.

Con riferimento all'INVIM il legislatore ha optato per una scelta radicale. L'art. 2 del D.P.R. 643/72 e del D.P.R. 688/74, che ora lo ha completamente sostituito, non comprendono tra gli atti soggetti ad INVIM le fusioni delle società, per cui è da escludere l'applicazione di detta imposta in occasione della fusione.

Infatti la relazione ministeriale al citato D.P.R. n. 688/74 puntualizza che gli atti fusione "non possono certamente assimilarsi, sotto l'aspetto giuridico, alle alienazioni in quanto, nella fattispecie si ha in effetti solo una trasformazione della società fusa (...). L'incremento di valore degli immobili già appartenenti alle società fuse o incorporate non sfugge alla tassazione cumulandosi, nel momento dell'alienazione, con quello maturato nelle mani della società incorporante o risultante".

Per quanto riguarda l'INVIM decennale occorre tener presente che la fusione non interrompe il decorso del decennio.

Occuparsi ancora di INVIM quando è ben nota la sua abrogazione con effetto dall'1.1.93, non appare fuori luogo in quanto essa continuerà ancora ad essere applicata in un prossimo futuro; in particolare l'INVIM decennale continua ad essere dovuta in quei casi in cui il presupposto impositivo - ossia lo scadere del decennio, si verifica tra l'1.1.93 e l'1.1.2003 con riferimento al solo incremento di valore verificatosi fino all'1.1.93.

12.4 - Le imposte ipotecarie e catastali.

Con riferimento infine alle imposte e catastali l'art. 4 della Tariffa del T.U. entrato in vigore dal 1 gennaio '91, prevede espressamente che gli atti di fusione di società di qualsiasi tipo siano sottoposte ad imposta ipotecaria e catastale in misura fissa (150.000).

Prima dell'entrata in vigore del testo unico delle imposte ipotecarie e catastali , l'assoggettabilità o meno delle operazioni di fusione a questi tributi

era stato oggetto di discussione.