

STEFANO MARCHESE

**DEDUCIBILITÀ DELLA « PERDITA DI FUSIONE » FRA
DISCIPLINA COMUNITARIA DEL BILANCIO E
PRINCIPIO DI CONTINUITÀ DEI VALORI
FISCALMENTE RICONOSCIUTI**

Estratto da: **Rivista di Diritto e Pratica Tributaria**
Volume LXIV - (1993) - n. 4



CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI
1993

zo non assorbito mediante la rivalutazione dei beni dell'incorporata, e ne hanno quindi proposto il recupero a tassazione.

L'ufficio ha fatto propria la tesi della Guardia di finanza, che tuttavia non può essere condivisa per i motivi di seguito illustrati.

Con il riordino e l'aggiornamento della normativa, effettuato nel 1973 in base alla legge di delega per la riforma tributaria, si provvede, se pur ancora in maniera scheletrica, a fissare alcuni canoni fondamentali che, se pur lungi dal costituire un ordinamento organico e completo della materia, pur tuttavia sono stati il primo segno di una volontà di modernizzazione del sistema impositivo nel campo delle fusioni. Tale giudizio positivo non è formulato in base al contenuto di tale normativa — che costituisce, come si vedrà, un mero recepimento degli orientamenti che si andavano affermando — bensì in relazione alla presenza stessa di una normativa specifica che riguardasse, oltre che le incombenze formali, anche una trattazione degli effetti sostanziali.

Come noto, l'art. 16 del d.p.r. n. 598 fissò, in sintesi, i seguenti principi (che si applicano beninteso anche alle s.r.l. ed alle fusioni cosiddette proprie, quelle cioè in cui la fusione dà luogo alla costituzione di una nuova società, nella quale confluiscono le società che partecipano alla fusione):

a) la fusione non costituisce realizzo né distribuzione di plusvalenze anche se queste appaiono nella situazione patrimoniale di cui all'art. 2502 c.c.;

b) le plusvalenze iscritte nel bilancio della incorporante sono regolarmente imponibili;

c) l'incorporante può tuttavia iscrivere plusvalenze in franchigia di imposta fino alla concorrenza della differenza tra il costo delle azioni dell'incorporata, annullate per effetto della fusione, ed il valore del patrimonio netto dell'incorporata, risultante dalle scritture contabili della medesima;

d) l'incorporante subentra in tutti gli obblighi e i diritti della società incorporata.

Come si osserva a prima vista, i primi due principi ricalcano precisamente una delle tesi interpretative che già andava prevalendo, per essere poi definitivamente accolta in relazione all'ordinamento previgente, come testimoniato, tra l'altro, dalla soprariportata pronuncia delle sezioni unite della Cassazione. Si conferma cioè che la fusione è, di per sé, una operazione neutra, non atta, cioè, a creare materia imponibile, a condizione che l'incorporante non iscriva plusvalenze, né prima, né in occasione, né dopo la fusione. Malgrado l'art. 16 qui commentato si trovi nel d.p.r. che regola la tassazione delle società di capitali, risulta del tutto pacifico che l'inattitudine della fusione a creare materia imponibile sia qui statuita anche in relazione ai soci delle società che partecipano alla fusione ed, in particolare, per quelli della società incorporante, siano essi altre società, di capitali o di persone, ovvero persone fisiche; altrettanto sicuro è che la normativa in questione si applica sia alle fusioni con concambio (nelle quali l'incorporante si costituisce ovvero aumenta il

capitale, emettendo azioni in favore degli azionisti delle società incorporate), sia alle fusioni senza concambio (nelle quali l'incorporata), sia alle fusioni che contengono entrambi gli elementi di cui sopra.

Da quanto sopra si può peraltro rilevare che il regime delle plusvalenze eventualmente iscritte dall'incorporata in occasione della fusione non risulta compiutamente regolato o richiamato: si precisa solamente, pur se assai opportunamente, che l'inserimento di plusvalenze nella situazione patrimoniale di cui all'art. 2502 non costituisce «iscrizione in bilancio» ai sensi e per gli effetti dell'art. 12 del medesimo d.p.r. n. 598 (e ciò vale, naturalmente, sia per l'incorporante che per l'incorporata). Si deve ritenere, tuttavia, che l'art. 12 surrichiamato continuerà a trovare applicazione per le plusvalenze eventualmente iscritte nel bilancio vero e proprio della società incorporata in occasione della fusione; esse verrebbero pertanto tassate a carico della incorporata, prima della fusione (anche se, in concreto, l'obbligazione verrebbe assolta, per conto di questa, dalla società incorporante).

Così sia pure per mezzo dell'utilizzo delle concezioni e della terminologia tributarie, si giunge a delineare il medesimo risultato al quale è pervenuta la ricostruzione civilistica e cioè che la fusione (di qualsivoglia tipo) essendo una mera trasformazione organizzativa impone la continuità dei valori di libro delle società che vi partecipano. L'ordinamento tributario dispone poi, nella sua autonomia applicativa, che il salto dei valori che eventualmente si verificasse per mezzo di iscrizione di plusvalenze nel bilancio dell'incorporata o dell'incorporante sarebbe tassato, salvo quanto si dirà più avanti. La continuità dei valori è quindi un tratto con naturale della fusione, sia sotto il profilo civilistico che sotto quello tributario.

Ma il mero trasporto dei valori di libro dell'incorporata nella contabilità dell'incorporante può dar luogo a differenze che si generano automaticamente, indipendentemente, cioè, dall'eventuale volontà dei protagonisti di rivalutare i beni delle società che partecipano alla fusione.

Ci si riferisce, qui, a quelle differenze prettamente contabili - derivanti cioè dal semplice trasporto dei valori di libro dell'incorporata nella contabilità dell'incorporante - che sono originate dal comportamento che l'incorporante deve necessariamente tenere per attuare la fusione. Nei casi più lineari, questo comportamento consiste nell'aumento di capitale nella fusione con concambio ovvero nell'annullamento delle azioni dell'incorporata, nel caso di fusione senza concambio. Queste differenze, che per ora denomineremo «differenze di fusione» saranno, rispetto all'incorporante: positive, quando dal confronto tra: a) gli effetti numerici del comportamento dell'incorporante e, b) il saldo tra attivo e passivo, a valore di libro, apportato dall'incorporata emerge una eccedenza dei valori di cui in b) sui valori di cui in a). Ciò si verifica, nelle fusioni con concambio, quando il saldo dei valori contabili dell'incorporata eccede l'importo dell'aumento di capitale dell'incorporante; ed in una fusione senza

concambio ciò avviene quando (sto) della partecipazione che, annullata per effetto della apportati dall'incorporata; o quando dal confronto di cui di cui in a) rispetto ai valori sioni con concambio, quando porata è inferiore all'importo rante; in una fusione senza c di carico delle azioni nella pa valori da essa apportati.

La disgressione di cui sopra opportunamente la portata del del d.p.r. n. 598; esso consiste svalenze in franchigia di imposta concorrenza della differenza (s delle azioni annullate per effetto monio netto dell'incorporata (s tabili dell'incorporata). Si è plusvalenze iscrivibili in franch anche i beni dell'incorporante sata sul solo argomento letterario comportamento, non convince parte del secondo comma dell'a di concedere indiscriminati salti te. La funzione vera ed incont fornire una sistemazione ragion struzione della loro natura che «differenze» che inevitabilmente resterà da chiedersi perché la r solamente le «differenze negative intenda regolare anche quelle c concambio, oltre quelle che em cambio, che sono pacificamente stuale incoraggia il restringimen seconda parte del 2° comma del emergenti in una fusione senza crivibilità in franchigia di impost «costo delle azioni annullate per del patrimonio netto dell'incorp concambio le azioni annullate si che sono terzi sia rispetto alla società incorporante. Sono essi, t l'acquisizione della partecipazione il raffronto tra tale costo ed il s porata non avrebbe alcun senso quale potrebbe essere persino sp necessari per compierlo.

Il quarto principio (l'incorpora

concambio ciò avviene quando il valore di libro (normalmente il costo) della partecipazione che l'incorporante deteneva nell'incorporata, annullata per effetto della fusione, è inferiore al saldo dei valori apportati dall'incorporata; oppure tali differenze saranno negative, quando dal confronto di cui sopra emerge una eccedenza dei valori di cui in a) rispetto ai valori di cui in b). Ciò si verifica, nelle fusioni con concambio, quando il saldo dei valori apportati dall'incorporata è inferiore all'importo dell'aumento del capitale dell'incorporante; in una fusione senza concambio ciò avviene quando il valore di carico delle azioni nella partecipata risulta superiore al saldo dei valori da essa apportati.

La digressione di cui sopra si è resa necessaria per inquadrare opportunamente la portata del terzo principio affermato dall'art. 16 del d.p.r. n. 598; esso consiste nell'ammettere la iscrivibilità di plusvalenze in franchigia di imposta da parte dell'incorporante fino alla concorrenza della differenza (sopra denominata negativa) tra il costo delle azioni annullate per effetto della fusione ed il valore del patrimonio netto dell'incorporata (sopra denominato saldo dei valori contabili dell'incorporata). Si è recentemente avanzata la tesi che le plusvalenze iscrivibili in franchigia di imposta potessero riguardare anche i beni dell'incorporante medesima; la tesi, esplicitamente basata sul solo argomento letterale che la norma non vieterebbe tale comportamento, non convince, perché la funzione della seconda parte del secondo comma dell'art. 16 è certamente diversa da quella di concedere indiscriminati salti di imposta a favore dell'incorporante. La funzione vera ed incontrovertibile di tale norma è quella di fornire una sistemazione ragionevole e chiara, sia in termini di ricostruzione della loro natura che in termini operativi, ad alcune delle «differenze» che inevitabilmente si originano nelle fusioni. Semmai resterà da chiedersi perché la norma in esame abbia regolamentato solamente le «differenze negative» e se, nell'ambito di queste, essa intenda regolare anche quelle che si originano in una fusione con concambio, oltre quelle che emergono da una fusione senza concambio, che sono pacificamente incluse. A ben guardare, il dato testuale incoraggia il restringimento delle ipotesi di applicazione della seconda parte del 2° comma dell'art. 16 alle sole differenze negative emergenti in una fusione senza concambio; infatti, il *plafond* di iscrivibilità in franchigia di imposta è misurato dalla differenza tra il «costo delle azioni annullate per effetto della fusione» ed il «valore del patrimonio netto dell'incorporata». Orbene in una fusione con concambio le azioni annullate si trovano nelle mani degli azionisti, che sono terzi sia rispetto alla società emittente che rispetto alla società incorporante. Sono essi, terzi, ad aver sostenuto il costo per l'acquisizione della partecipazione nella società incorporata e quindi il raffronto tra tale costo ed il saldo contabile apportato dall'incorporata non avrebbe alcun senso se effettuato dall'incorporante, la quale potrebbe essere persino sprovvista degli elementi informativi necessari per compierlo.

Il quarto principio (l'incorporante subentra in tutti gli obblighi e

i diritti dell'incorporata relativi alle imposte sui redditi) sembra pleonastico, in quanto già richiamato, in chiave più generale, dallo stesso codice civile; può darsi, quindi, che la prudenza degli estensori dell'art. 16 sia stata eccessiva ma è proprio su tale esplicita ricognizione del principio civilistico che si sono basate le pronunce ministeriali per confermare che l'incorporante ha pieno titolo al riporto delle perdite provenienti dalla incorporata (Trivoli, *La difficile evoluzione del regime impositivo delle fusioni, retro*, 1989, I, 945 ss.).

Pertanto, la ricorrente non ha commesso alcuna delle violazioni contestate e l'accertamento andrà annullato sul punto con conseguente caducazione delle sanzioni. Né la tesi dell'ufficio può trovare supporto in un testo unico (d.p.r. n. 917 del 1986, il cui art. 123 costituisce, per unanime opinione di dottrina e giurisprudenza, una disposizione profondamente innovativa ed applicabile solo per il futuro e comunque con effetto per i periodi di imposta che hanno inizio dopo il 31 dicembre 1987 (art. 136), quindi successivamente agli esercizi in contestazione. (*Omissis*).

(*) 1. — In seguito ad una fusione per incorporazione, l'incorporante — che possiede una partecipazione totalitaria nell'incorporata — evidenzia un disavanzo di fusione pari alla differenza fra costo della partecipazione annullata e valore contabile del patrimonio netto dell'incorporata.

Parte di tale disavanzo viene imputata ad aumento del valore dei beni dell'incorporata acquisiti per effetto della fusione, e ciò nei limiti del valore corrente di mercato di tali beni. Altra parte viene imputata come valore di avviamento, sulla base di una stima effettuata *ad hoc*. Il residuo disavanzo si risolve in una perdita per l'incorporante.

La ragione di tale perdita può consistere in un prezzo di acquisizione della partecipazione eccessivo rispetto al suo valore, o in diminuzioni patrimoniali nell'incorporata che, per le ragioni più varie, non si sono concretate in corrispondenti svalutazioni della partecipazione da parte dell'incorporante.

Dal punto di vista fiscale il problema che sorge all'interprete è il seguente: tale perdita costituisce un componente negativo deducibile dal reddito d'impresa dell'incorporante?

2. — Nel vigore del d.p.r. n. 598 del 1973 la questione della deducibilità della perdita veniva risolta in senso affermativo dalla giurisprudenza (1). E la decisione che si annota conferma tale orientamento.

In particolare la Commissione centrale (2) ha affermato che «non vi è motivo di ritenere che, qualora non sia possibile procedere alla evidenzia-

(1) Famosa al riguardo è Comm. centr., sez. IV, 25 settembre 1979, n. 8560, in *Giur. imp.*, 1980, 910, con ampia nota, nonché *retro*, 1981, II, 3; seguita da Comm. trib., 1° grado Como, 11 novembre 1982, n. 884, in *Rass. trib.*, 1984, II, 93; e da Comm. trib., 1° grado Como, sez. I, 20 giugno 1985, n. 2802, *retro*, 1986, II, 814, con nota di D'Alessandro, *L'individuazione delle plusvalenze e minusvalenze emergenti nella fusione per incorporazione*.

(2) Cit. alla nota precedente.

zione di plusvalenze ... a cui non possa trovare riconoscimento successivamente, con una *compenso*. Ed è appena il caso di *ridotta effettiva* e non già una *minu*vo della fusione ...» (corsivi nostri).

3. — Questo orientamento ha

Se da una parte (3) si è ritenuta perdita di fusione e la tassabilità criticando con ampie motivazioni deducibilità della perdita di fusione incorporata si sia ridotto successivamente da parte dell'incorporante.

Si è infatti argomentato che l'effetto delle perdite intervenute non si vedrebbe perché il non avere qualificazione di perdita deducibile del patrimonio netto contabile rende impossibile l'attuazione per l'incorporanda alla rivalutazione dell'incorporanda alla rivalutazione.

Altri ancora (6), per sostenere le limitazioni sopra evidenziate) dell'art. 57, lett. b), del d.p.r. n. 598 del 1973, delle perdite derivanti dalla fusione (nel caso in esame, la partecipazione

(3) Cfr.: Giannetta, *Trasformazioni, fusione e concentrazione*.

(4) Cfr.: Falsitta, *Fusione di società*, ora in *La tassazione delle plusvalenze*, seconda ed., Padova, 1986, 70 ss. e nello stesso Autore in *Fusione di società*, 1986, I, 267 ss., su cui *infra*, nota 12.

(5) Aggiunge però il Falsitta che da perdite della partecipata ma da un maggiorazione della partecipazione, l'unica spiegazione supposta esistenza di plusvalenze e avviamento dell'incorporata, per cui l'art. 16 della rivalutazione in franchigia di imposta del

Tuttavia il chiaro Autore non spiega il disavanzo quando tale «supposta esistenza» non si verificherebbe, a posteriori, conforme a realtà: sia l'investimento da parte della società acquisita che effettivamente esistenti al momento della fusione e l'avviamento, sorte e mantenuti, siano venuti meno successivamente, tale insussistenza, perché attinente valori lasciati traccia nei bilanci della partecipata.

(6) Cfr.: Bianchi di Lavagna, *Principi delle minusvalenze nel caso di fusione di società*, ss.

zione di plusvalenze ... a compensazione della perdita di fusione, questa non possa trovare riconoscimento né al momento dell'operazione di fusione, né successivamente, con una conseguente, ingiustificata, *disparità di trattamento*. Ed è appena il caso di rilevare che la *perdita di fusione è una perdita effettiva* e non già una minusvalenza emergente per il solo fatto obiettivo della fusione ...» (corsivi nostri).

3. - Questo orientamento ha trovato in dottrina notevoli consensi.

Se da una parte (3) si è ritenuta simmetricamente la deducibilità della perdita di fusione e la tassabilità dell'«utile di fusione», altra dottrina (4), criticando con ampie motivazioni tale assunto, è giunta ad affermare la deducibilità della perdita di fusione quando il patrimonio netto contabile della incorporata si sia ridotto successivamente all'acquisizione della partecipazione da parte dell'incorporante.

Si è infatti argomentato che se è lecito svalutare la partecipazione per effetto delle perdite intervenute nella partecipata anteriormente alla fusione, non si vedrebbe perché il non averlo fatto a suo tempo dovrebbe negare la qualificazione di perdita deducibile al disavanzo di fusione quando l'allineamento del patrimonio netto contabile al costo della partecipazione fosse di impossibile attuazione per l'inidoneità quantitativa e/o qualitativa dell'attivo dell'incorporanda alla rivalutazione (5).

Altri ancora (6), per sostenere la deducibilità *tout court* (e quindi senza le limitazioni sopra evidenziate) della perdita di fusione, hanno fatto perno sull'art. 57, lett. b), del d.p.r. n. 597 del 1973, che consentiva la deducibilità delle perdite derivanti dalla eliminazione totale o parziale di un bene (nel caso in esame, la partecipazione).

(3) Cfr.: Giannetta, *Trasformazioni, fusioni, concentrazioni*, Roma, 1967; Id., *Trasformazione, fusione e concentrazione di società*, Milano, 1980.

(4) Cfr.: Falsitta, *Fusione di società e realizzo di plusvalenze*, retro, 1975, I, 17 ss., ora in *La tassazione delle plusvalenze e sopravvenienze nelle imposte sui redditi*, seconda ed., Padova, 1986, 70 ss. e spec. 116 ss. Vedi però la diversa posizione dello stesso Autore in *Fusione di società ed iscrizione dell'avviamento*, in *Rass. trib.*, 1986, I, 267 ss., su cui *infra*, nota 12.

(5) Aggiunge però il Falsitta che quando invece il disavanzo emerga non già da perdite della partecipata ma da un maggior esborso a suo tempo fatto per l'acquisizione della partecipazione, l'unica spiegazione di tale maggior esborso sarebbe «la supposta esistenza di plusvalenze e avviamento esistenti allo stato latente nel patrimonio dell'incorporata», per cui l'art. 16 del d.p.r. n. 598 del 1973 avrebbe «imposto» la rivalutazione in franchigia di imposta dei beni dell'incorporata.

Tuttavia il chiaro Autore non spiega quale trattamento fiscale dovrebbe avere il disavanzo quando tale «supposta esistenza» di plusvalenze e avviamento non si rivelasse, a posteriori, conforme a realtà: sia perché frutto di errori nella valutazione dell'investimento da parte della società acquirente la partecipazione, sia perché — ancorché effettivamente esistenti al momento dell'acquisizione della partecipazione — le plusvalenze e l'avviamento, sorte e mantenutesi allo stato latente (cioè non contabilizzati), siano venuti meno successivamente, ma anteriormente alla fusione, senza che tale insussistenza, perché attinente valori sorti e mantenutisi allo stato latente, abbia lasciato traccia nei bilanci della partecipata. Sul punto cfr. anche *infra*, nota 12.

(6) Cfr.: Bianchi di Lavagna, *Primi appunti sulla tassazione delle plusvalenze e delle minusvalenze nel caso di fusione di società*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1979, I, 51 ss.

E mentre è rimasta isolata l'opinione di chi (7) negava la deducibilità della perdita di fusione, sia sulla base di argomenti letterali desumibili dell'art. 16 del d.p.r. n. 598, sia per la simmetria che è stata ritenuta sussistente fra intassabilità della plusvalenza iscritta mediante imputazione del disavanzo e indeducibilità della «minusvalenza da fusione», la dottrina pressoché unanime ha ritenuto la deducibilità della perdita di fusione nel vigore del d.p.r. n. 598 del 1973 (8).

L'Amministrazione finanziaria, dal canto suo, ha sempre genericamente negato la deducibilità di perdite di fusione (9).

4. — Dopo l'entrata in vigore del t.u.i.r. (d.p.r. 22 dicembre 1986, n. 917) la disciplina delle fusioni è contenuta nel tormentato e più volte modificato art. 123.

Il 2° comma di tale articolo prevede che «nella determinazione del reddito della società risultante dalla fusione o incorporante non si tiene conto dell'avanzo o disavanzo iscritto in bilancio per effetto del rapporto di cambio delle azioni o quote o dell'annullamento delle azioni o quote di alcuna delle società fuse possedute dalle altre...».

Al riguardo la dottrina ha unanimemente ritenuto che la nuova norma sancisse definitivamente l'irrilevanza e, quindi, l'ineducibilità delle c.d. «perdite di fusione», talora leggendola come corollario del noto principio della neutralità della fusione (10).

(7) Cfr.: Russo, *Tassazione di plusvalenze per effetto e in occasione di fusione tra società*, in *Impr. amb. e p.a.*, 1978, I, 531 ss.

(8) Cfr.: Marini, *La fusione delle società nei suoi aspetti tributari*, Padova, 1982, 102 ss., il quale non riteneva neppure obbligatoria la rivalutazione dei beni dell'incorporata, ancorché vi fossero gli estremi per effettuarla.

In senso sostanzialmente conforme, sia pure con diverse sfumature ed argomentazioni, cfr. Asprea, *L'attuale problematica delle differenze di fusione*, in *Boll. trib.*, 1987, 965 ss.; Caratozzolo, *I bilanci straordinari delle società commerciali. Profili tributari*, retro, 1981, I, 1447 ss. e spec. 1498 ss.; Gallo, *Spunti controricorrente sul regime fiscale dell'avanzo e del disavanzo di fusione*, in *Giur. comm.*, 1987, I, 856 ss.; Lupi, *Profili tributari della fusione di società*, Padova, 1989, 106; Pansieri, *In tema di fusione per incorporazione senza cambio di azioni*, in *Rass. trib.*, 1981, I, 13 ss.; Id., *Ancora in tema di fusione per incorporazione senza cambio di azioni*, *ivi*, 1982, 101 ss.; Santella, *Fusione e incorporazione di società, della perdita di incorporazione e del suo trattamento fiscale*, in *Rass. mens. imp. dir.*, 1976, 858 ss.; Zizzo, *Il disavanzo da fusione senza concambio di azioni o quote come componente negativo del reddito dell'incorporante*, in *Riv. dir. trib.*, 1992, I, 624 ss.

(9) Cfr.: Isp. comp. imp. dir. Venezia, nota 4 dicembre 1979, n. 10361, retro, 1980, I, 156, ove si nega l'astratta riconoscibilità di una perdita di fusione e, quindi, l'ineducibilità fiscale di eventuali quote di ammortamento della stessa; Cfr.: altresì Min. fin., circ. 8 maggio 1984, n. 16/7/867, retro, 1984, I, 1439 ss., con la quale si dà istruzione agli uffici, in sede di controllo delle dichiarazioni, di recuperare a tassazione le eventuali quote di ammortamento ove una «perdita di fusione», in uno dei bilanci successivi alla quantificazione, abbia cambiato nome e sia divenuta «valore di avviamento».

(10) Cfr.: Caratozzolo, *L'avanzo e il disavanzo di fusione: profili economico-contabili, civilistici e tributari*, in *Boll. trib.*, 1989, 947 ss. e spec. 966 ss.; Leo, Monacchi, Schiavo, *Le imposte sui redditi nel testo unico*, Milano, 1988, 933; Nuzzo, *Circolazione di patrimoni, scissioni, fusioni e la vigente disciplina del prelievo*, in *Riv. dir. trib.*, 1991, I, 661 ss. e spec. 669 ss.; Pansieri, *Prime riflessioni sulle novità introdotte dal testo unico in materia di fusione*, in *Il reddito d'impresa nel nuovo testo*

Tuttavia gli Autori più attenti alla coerenza sistematica e metodologica dell'analisi tributaria sull'ineducibilità fiscale delle perdite di fusione sottolineano la mancanza di una base normativa (11).

5. — Dopo questo breve accenno alla giurisprudenza con riferimento alla deducibilità delle perdite di fusione, è necessario esaminare più a fondo la questione.

Si è detto che il problema della deducibilità delle perdite di fusione nasce dall'annullamento della perdita di fusione, in tutto o in parte, dalla società incorporata.

È noto che il trasferimento della contabilità dell'incorporante all'incorporata genera un disavanzo da annullamento della perdita di fusione, in quanto i valori di libro delle azioni o quote di fusione sono imputati mediante l'imputazione della perdita di fusione.

La correttezza di tale modalità di trattamento non è in base all'art. 123 t.u.i.r., ma alla formazione del bilancio consolidato, qualora un disavanzo da annullamento della perdita di fusione dell'incorporata, tale operazione non consenta certo, ma non è arbitraria e *ad libitum* (12).

In assenza di norme civili in materia di iscrizione dei beni dell'incorporante, si è fatto riferimento alle disposizioni del t.u.i.r. estrapolando dalle stesse principi, ed applicando eventualmente

unico, a cura di Uckmar, Magnani, *La nuova disciplina delle fusioni nell'art. 123 t.u.i.r.*, Padova, 1987, 102 ss.; Id., *La difficile evoluzione del regime fiscale delle fusioni*, in *Com. trib.*, spec. 956, pubblicato anche in *Com. trib.*, ed altri scritti, Studi in memoria di Uckmar, s.d. ma 1990, 631 ss.; Zizzo, voce «fusione», in *Digesto*, quarta edizione, 1991, 330 ss. e spec. 334.

(11) Cfr.: Asprea, *Op. loc. cit.*, 1987, 965 ss.; Id., *La rilevanza del disavanzo da fusione per la fiscalità societaria o «capriccio del legislatore»*, in *Com. trib.*, spec. 956, parla di «eccessiva timidezza» del legislatore; Zizzo, *Il disavanzo da fusione e gli avanzzi e disavanzi di scissione*, *ivi*, 1991, 631 ss.

(12) Non ci sentiamo quindi di affermare che la deducibilità delle perdite di fusione è una questione di società ed iscrizione dell'avviamento, in quanto tale ritiene obbligatoria l'iscrizione dei titoli annullati: tale obbligatoria imputazione secondo cui «il costo dei titoli» Ne deriverebbe, dunque,

Tuttavia gli Autori più attenti, pur convenendo con la dottrina maggioritaria sull'ineducibilità fiscale della perdita di fusione, non hanno mancato di sottolineare la mancanza di coerenza e di razionalità di siffatta disposizione (11).

5. — Dopo questo breve *excursus* dello stato della dottrina e della giurisprudenza con riferimento alla previgente e alla attuale normativa, è ora necessario esaminare più a fondo l'argomento di cui trattasi.

Si è detto che il problema sorge quando il disavanzo di fusione, originatosi dall'annullamento della partecipazione detenuta dall'incorporante, non possa essere imputato, in tutto o in parte, ad aumento del valore delle attività della società incorporata.

È noto che il trasferimento delle attività e passività dell'incorporata nella contabilità dell'incorporante avviene, in generale, a valore di libro. Se si genera un disavanzo da annullamento, l'art. 123, 2° comma, t.u.i.r., consente che i valori di libro delle attività dell'incorporata possano essere rivalutati mediante l'imputazione di tale disavanzo, senza che ciò costituisca una iscrizione di plusvalenze imponibili.

La correttezza di tale modo di procedere, tuttavia, deve essere valutata non già in base all'art. 123 t.u.i.r., ma con riferimento ai principi che regolano la formazione del bilancio: l'art. 123, cioè, si limita a stabilire che qualora un disavanzo da annullamento venga utilizzato per rivalutare i beni dell'incorporata, tale operazione non integra il presupposto d'imposizione, ma esso non consente certo, né lo potrebbe, l'effettuazione di rivalutazioni arbitrarie e *ad libitum* (12).

In assenza di norme civilistiche specifiche che regolino le modalità di iscrizione dei beni dell'incorporata nel bilancio dell'incorporante, si dovrà fare riferimento alle disposizioni sulla formazione del bilancio di esercizio, estrapolando dalle stesse principi idonei a fornire la disciplina della fattispecie, ed applicando eventualmente per analogia i criteri previsti per il bilancio

unico, a cura di Uckmar, Magnani, Marongiu, Padova, 1988, 809 ss.; Russo, *La nuova disciplina delle fusioni nell'art. 123, 2° comma, del testo unico*, 799 ss.; Trivoli, *La difficile evoluzione del regime impositivo delle fusioni*, retro, 1989, I, 935 ss. e spec. 956, pubblicato anche in *Commentario al testo unico delle imposte sui redditi ed altri scritti*, Studi in memoria di A.E. Granelli a cura dell'A.N.T.I., Roma-Milano, s.d. ma 1990, 631 ss.; Zizzo, voce «Fusione e trasformazione di società nel diritto tributario», in *Digesto*, quarta edizione, discipline priv., sez. comm., IV, Torino, 1991, 330 ss. e spec. 334.

(11) Cfr.: Asprea, *Op. loc. cit.*; Gallo, *Spunti, cit., loc. cit.*; Lupi, *Profili, cit., passim*; Id., *La rilevanza del disavanzo «da annullamento»: principio sistematico della fiscalità societaria o «capriccio del legislatore?»*, in *Boll. trib.*, 1992, 1485 ss., il quale parla di «eccessiva timidezza» del legislatore nel pieno riconoscimento della rilevanza fiscale del disavanzo; Zizzo, *Il disavanzo, cit., loc. cit.*; Id., *La disciplina tributaria degli avanzi e disavanzi di scissione*, in *Riv. dir. trib.*, 1992, I, 965 ss. e spec. 976 ss.

(12) Non ci sentiamo quindi di condividere l'opinione di Falsitta, *Fusione di società ed iscrizione dell'avviamento*, in *Rass. trib.*, 1986, I, 267 ss. e spec. 275, il quale ritiene obbligatoria l'iscrizione dei beni dell'incorporante in misura pari al costo dei titoli annullati: tale obbligatoria imputazione del disavanzo discenderebbe dall'equazione secondo cui «il costo dei beni incorporati è per l'incorporante uguale al costo dei titoli». Ne deriverebbe, dunque, l'ineducibilità del disavanzo non riassorbito

consolidato, dato che la compenetrazione dei patrimoni che si realizza con la fusione determina contabilmente una ipotesi peculiare di consolidamento. Inoltre, in mancanza di principi contabili elaborati dalla prassi professionale italiana, sarà utile considerare, in via integrativa rispetto alla disciplina normativa, i principi contabili internazionali.

In particolare occorrerà riferirsi al principio di prudenza nelle valutazioni (13); al criterio di iscrizione delle immobilizzazioni al costo e all'obbligo della loro svalutazione in caso di diminuzioni permanenti del loro valore rispetto al costo di acquisto (14); al c.d. «metodo del patrimonio netto» per la valutazione delle partecipazioni (15), a norma del quale la differenza fra il costo di acquisto delle stesse e la quota di patrimonio netto contabile della partecipata può essere iscritto all'attivo — purché ne siano indicate le ragioni nella nota integrativa — e, ove si riferisca a beni ammortizzabili o al-

che costituirebbe null'altro che una minusvalenza da svalutazione di immobilizzazioni, come tale fiscalmente ineducibile.

A prescindere dalle obiezioni di carattere civilistico ed economico-contabile (su cui v. *infra* nel testo e le osservazioni di Caratozzolo, *L'avanzo*, cit., 968) che potremmo muovere a tale assunto, occorre rilevare, per restare nell'ambito del diritto tributario, che il «ribaltamento» del disavanzo, affinché abbia rilevanza fiscale, deve apparire in bilancio. Di «plusvalenze iscritte in bilancio» parla infatti l'art. 123 t.u.i.r., soggiungendo che di esse non si tiene conto fino a concorrenza del disavanzo da annullamento.

Se quindi l'equazione, in sé ineccepibile, «costo dei beni uguale costo dei titoli» vuole avere rilevanza fiscale e diventare «valore fiscalmente riconosciuto dei beni uguale valore fiscalmente riconosciuto dei titoli», ebbene tale valore dei beni deve apparire in bilancio. Ma se i beni non valgono il costo dei titoli, non si può mantenere l'equazione in sede di redazione del bilancio, se non violando le norme civilistiche che lo regolano. Pertanto il valore fiscalmente riconosciuto dei beni non può essere altro che quello indicato in bilancio e quindi il «ribaltamento», tutt'altro che obbligatorio, in taluni casi è anzi vietato.

Né ci pare possibile ipotizzare l'*escamotage* di iscrivere i beni all'attivo allo stesso valore che avevano i titoli, procedendo contemporaneamente alla loro svalutazione mediante costituzione di apposito fondo: civilisticamente il comportamento appare censurabile e fiscalmente non riteniamo che tale modo di procedere risolva il problema, dato che la norma non parla di iscrizione all'attivo, ma di iscrizione in bilancio. Dato che il valore al quale i beni vengono iscritti in bilancio è pari alla differenza fra costo all'attivo e svalutazione operata, il loro valore fiscalmente riconosciuto coincide con tale minor valore, e quindi neppure così operando sarebbe possibile mantenere l'equazione sopra indicata.

(13) Cfr. l'art. 2423 bis, n. 1, c.c. (introdotto con il d.l. 9 aprile 1991, n. 127) secondo il quale «la valutazione delle voci deve essere fatta secondo prudenza e nella prospettiva della continuazione dell'attività».

I riferimenti che seguono gli articoli del c.c. si intendono fatti al testo risultante dopo le modifiche apportate dal citato decreto legislativo, attuativo della IV e della VII Direttiva Cee sui conti annuali e consolidati.

(14) Cfr. art. 2426, nn. 1 e 3, c.c.

(15) Secondo tale metodo, alternativo a quello del costo, le partecipazioni in imprese controllate possono essere valutate in misura pari alla corrispondente quota del patrimonio netto contabile della partecipata, opportunamente rettificato per evitare duplicazioni (art. 2426, n. 4, c.c.).

l'avviamento, deve essere ammesso nell'avviamento (16).

Con riguardo ai principi di cui è considerato, ai fini che qui interessano, l'art. 127 del 1991, il quale si occupa dell'eliminazione della partecipazione a) nel bilancio consolidato — è la partecipata e, se tale eliminazione è imputata, nel bilancio consolidato, nel passivo dell'impresa inclusa nel bilancio consolidato, deve essere iscritta all'attivo, da ammortizzarsi in non più di 10 anni.

Non sfuggono certo all'interpretazione il «disavanzo di partecipazione» e la differenza da consolidamento.

Passando infine ai principi di cui è in caso di «business combinations» la partecipazione rispetto al valore corrente imputata ad avviamento, purché esista, e, se prevista negli stessi principi, di talché il disavanzo non può essere iscritto nei beni della incorporata né all'avviamento al conto economico (17).

6. — Dalla disamina delle norme applicative, diretta o analogica, si estraggono le seguenti regole:

a) il principio di continuità dell'attività, che impone di considerare le forme alle norme civilistiche ed economiche dei valori fiscalmente riconosciuti (18).

(16) L'art. 2426, n. 6, c.c., con riferimento al valore di acquisto a titolo oneroso e nei limiti del costo.

(17) Cfr.: *International Accounting Standards*, dal 19 al 25 e l'I.A.S. 22, sub 41, in *Principi di contabilità*, a cura dell'American Institute of Certified Public Accountants, 1988, 11367 ss.

Per alcuni riferimenti al riguardo nel testo Caratozzolo, *L'avanzo e il disavanzo*, cit., 968, e *Principi contabili e tributari*, in *Boll. trib.*, 1989, 947 ss.

(18) La nozione di valore fiscalmente riconosciuto dei beni d'impresa è dello stesso nel regime dei beni d'impresa, come è noto dalla parte del Falsitta (cfr. in particolare *Sig. trib.*, 1989, 1209 ss.). «valore fiscalmente riconosciuto» dei beni d'impresa, retro, 1972, II, 1209 ss. di recente, dal Lupi (cfr.: *Profili*, cit., par. 1000).

Sull'argomento torneremo *infra* nel testo.

l'avviamento, deve essere ammortizzato; ai limiti per l'iscrizione all'attivo dell'avviamento (16).

Con riguardo ai principi di consolidamento deve essere attentamente considerato, ai fini che qui interessano, l'art. 33 del decreto legislativo n. 127 del 1991, il quale si occupa del consolidamento delle partecipazioni: l'eliminazione della partecipazione — prescritta dall'art. 31, 2° comma, lett. a) nel bilancio consolidato — è attuata sulla base dei valori contabili della partecipata e, se tale eliminazione determina una differenza, «questa è imputata, nel bilancio consolidato, ove possibile, agli elementi dell'attivo e del passivo» dell'impresa inclusa nel consolidamento e l'eventuale residuo non imputabile a tali elementi né deducibile da eventuali riserve da consolidamento, deve essere iscritto all'attivo sotto la voce «differenza da consolidamento», da ammortizzarsi in non più di cinque anni.

Non sfuggono certo all'interprete le affinità fra il disavanzo di fusione, il «disavanzo di partecipazione» emergente dalla valutazione a patrimonio netto e la differenza da consolidamento delle partecipazioni.

Passando infine ai principi contabili internazionali, essi stabiliscono che in caso di «business combinations» il maggior costo di acquisto della partecipazione rispetto al valore corrente dei beni della incorporata dovrà essere imputata ad avviamento, purché esistano le condizioni dettagliatamente e rigorosamente previste negli stessi principi, e ove tali condizioni non sussistano, di talché il disavanzo non possa correttamente imputarsi né al valore dei beni della incorporata né all'avviamento, dovrà essere iscritta una perdita al conto economico (17).

6. — Dalla disamina delle norme e dei principi che sono suscettibili di applicazione, diretta o analogica, alla fattispecie che qui interessa, possiamo trarre le seguenti regole:

a) il principio di continuità dei valori contabili nella fusione è conforme alle norme civilistiche ed è in sintonia con il principio di continuità dei valori fiscalmente riconosciuti (18) previsto dalle norme fiscali;

(16) L'art. 2426, n. 6, c.c., consente l'iscrizione all'attivo dell'avviamento se acquisito a titolo oneroso e nei limiti del costo sostenuto.

(17) Cfr.: *International Accounting Standard*, § 9022 e spec. i sottoparagrafi 3, dal 19 al 25 e l'I.A.S. 22, sub 41, in *International Accounting and Auditing Standards*, a cura dell'American Institute of Certified Public Accountants, New York, 1988, 11367 ss.

Per alcuni riferimenti al riguardo nella dottrina tributaristica italiana cfr. da ultimo Caratozzolo, *L'avanzo e il disavanzo di fusione: profili economico-contabili, civilistici e tributari*, in *Boll. trib.*, 1989, 947 ss., e spec. 954 ss.

(18) La nozione di valore fiscalmente riconosciuto e il principio della continuità dello stesso nel regime dei beni d'impresa sono stati oggetto di particolare studio da parte del Falsitta (cfr. in particolare *Significato e limiti dell'efficacia vincolante del «valore fiscalmente riconosciuto» dei beni dell'impresa nella determinazione delle plusvalenze tassabili*, retro, 1972, II, 1209 ss., ora in *La tassazione*, cit., 543 ss.) e, più di recente, dal Lupi (cfr.: *Profili*, cit., *passim*), ad opera del quale è stata realizzata la sistemazione teorica e concettuale dell'intera materia.

Sull'argomento torneremo *infra* nel testo.

b) quando il disavanzo di fusione senza concambio emerga, esso potrà essere imputato ad aumento del valore delle attività dell'incorporata e/o a titolo di avviamento (19) nei limiti del loro valore corrente;

c) il principio *sub b)*, codificato dall'art. 123 t.u.i.r., e che costituisce una applicazione del principio di continuità dei valori fiscalmente riconosciuti, è in linea con le prescrizioni civilistiche, in quanto attua una traslazione del costo del bene di 2° grado annullato (la partecipazione) sui beni (di 1° grado) acquisiti per effetto della fusione, onde non appare scorretto affermare che, per l'incorporante, «il costo di acquisizione» dei beni dell'incorporata è, in ultima analisi, il costo dalla prima sopportato per acquistare la partecipazione, posto che tale acquisto costituisce la prima operazione di una serie di atti fra loro coordinati, culminanti con la fusione, e finalizzati all'acquisizione del patrimonio della partecipata;

d) quando il disavanzo da annullamento non possa essere imputato, per le ragioni sopra esposte, ad aumento del valore dei beni dell'incorporata, esso si risolve in una perdita, e come tale dovrà essere contabilizzato nel conto economico dell'incorporante, in applicazione delle norme sul bilancio di esercizio (e consolidato) e dei corretti principi contabili, internazionalmente riconosciuti.

Le ragioni per cui tale perdita si può verificare sono le più varie, ma in generale essa può essere attribuita ad una o più delle seguenti cause (20):

– errore di valutazione dell'investimento, per cui la società acquirente ha pagato la partecipazione ad un prezzo eccessivo rispetto al suo effettivo valore;

– perdite ed altre diminuzioni patrimoniali della società partecipata, che non sono state tempestivamente considerate dalla partecipante in sede della valutazione della partecipazione;

– sopravvenuta insussistenza, in tutto o in parte, del valore di avviamento e/o di plusvalenze latenti nei beni dell'incorporata, il cui venir meno, per non essere tali valori contabilizzati, non si è riflettuto in una corrispondente diminuzione del patrimonio netto di bilancio della partecipata, e non ha quindi consentito alla partecipante di procedere, con riconoscimento fiscale, alla svalutazione della partecipazione.

7. – Se la «perdita di fusione» fosse fiscalmente indeducibile, come la dottrina argomenta dall'art. 123, 2° comma, t.u.i.r., non poche perplessità sorgerebbero all'interprete più attento.

Perché mai, ci si chiede, se la svalutazione della partecipazione è eseguita anteriormente alla fusione, la perdita (sotto forma di minor valore della rimanenza finale rispetto all'iniziale) è fiscalmente deducibile ex art. 61 t.u.i.r., mentre se tale perdita viene rilevata in sede di fusione, essa dovrebbe perdere ogni riconoscimento fiscale (21)?

(19) Per i problemi sorti in seguito alla posizione del Secit sul ritenuto divieto di imputazione del disavanzo all'avviamento si veda Dezzani, *L'ammortamento dell'avviamento iscritto in sede di fusione*, in *Fisco*, 1991, 7208 ss.; e Cattabriga-Zoli, *Sull'iscrizione in bilancio dell'avviamento dell'incorporata in sede di fusione*, retro, 1992, I, 989 ss., ove ulteriori riferimenti.

(20) Cfr.: Caratozzolo, *I bilanci straordinari*, cit., 1501; Bianchi di Lavagna, *Op. cit.*, 78 ss.

(21) E si noti che tale svalutazione è possibile solo nel secondo caso indicato nel precedente paragrafo, dato che l'errore di investimento e la scomparsa di plusvalori patrimoniali latenti non legittimano tale procedura.

Perché mai, per vedersi ricettivamente sostenuta, la società a *escamotages*, con il rischio dello stesso fisco, di aver posto (22)?

Se effettivamente l'art. 123 fusione, vi sarebbe da dubitare quanto:

– *contraddittorio*, dato che una perdita certa, effettiva e determinata dei beni senza imposizione dei beni senza imposizione;

– *irrazionale*, dato che con tali motivi, alla regola della continuità del principio cardine nella tassazione, si è ribadito e confermato nella d'imposta (24);

– *discriminatorio*, dato che verso situazioni equivalenti, conseguente mediante svalutazione della partecipazione;

– *lesivo del principio di capacità contributiva*, comprendente (o addirittura tuita unicamente da) la perdita di ricchezza, si traduce in una «incapacità contributiva», di talché «tassazione delle perdite»;

– *idoneo a causare una distorsione* dalla cessione della partecipazione.

(22) Fra le più note «operazioni» di partecipazione a prezzo di mercato da società (B), costituita *ad hoc*, che poi leva e deduce fiscalmente la perdita su incorporazione di C e quindi A incorpora B, l'incorporazione di C da parte di A, la perdita di fusione, mascherata da «perdita».

Oppure la partecipata (C) procede consistente delle proprie riserve, o effettua lo scopo di creare nel proprio bilancio della svalutazione della partecipazione da parte di incorporazione di C. La perdita di fusione è svalutazione».

(23) Cfr.: Zizzo, *Il disavanzo di fusione: componente negativo del reddito dell'incorporata*, il quale difatti dubita della legittimità costitutiva.

(24) Il principio di continuità dei valori evita salti d'imposta e doppie tassazioni del bilancio dell'incorporante ad un valore inferiore, in ragione delle limitazioni oggettive e a causa delle limitazioni della parte del valore fiscalmente riconosciuto fosse fiscalmente rilevante, si verificherebbe diffusamente in seguito.

Perché mai, per vedersi riconosciuta dal fisco una perdita certa ed effettivamente sostenuta, la società partecipante deve essere costretta a ricorrere a *escamotages*, con il rischio poi di vedersi muovere l'accusa, da parte dello stesso fisco, di aver posto in essere operazioni in odor di elusione (22)?

Se effettivamente l'art. 123 t.u.i.r. vietasse la deduzione della perdita di fusione, vi sarebbe da dubitare della sua legittimità costituzionale (23), in quanto:

- *contraddittorio*, dato che da una parte negherebbe la deduzione di una perdita certa, effettiva e definitiva, mentre dall'altra consente la rivalutazione dei beni senza imposizione attraverso l'imputazione del disavanzo;

- *irrazionale*, dato che costituirebbe una pesante deroga, priva di validi motivi, alla regola della continuità dei valori fiscalmente riconosciuti, principio cardine nella tassazione del reddito d'impresa, proprio laddove esso è ribadito e confermato nell'imputabilità del disavanzo in franchigia d'imposta (24);

- *discriminatorio*, dato che tratterrebbe in modo profondamente diverso situazioni equivalenti, consentendo la deduzione della perdita se effettuata mediante svalutazione della partecipazione e negandola in sede di fusione;

- *lesivo del principio di capacità contributiva*, dato che la base imponibile, comprendente (o addirittura, in ipotesi di pareggio di bilancio, costituita unicamente da) la perdita non deducibile, anziché essere espressione di ricchezza, si traduce in una entità astratta, manifestazione semmai di «incapacità contributiva», di talché il prelievo fiscale si risolverebbe in una «tassazione delle perdite»;

- *idoneo a causare una doppia tassazione*, dato che l'utile realizzato dalla cessione della partecipazione da parte del precedente titolare alla so-

(22) Fra le più note «operazioni di aggiramento» ricordiamo la cessione della partecipazione a prezzo di mercato da parte della partecipante (A) ad una seconda società (B), costituita *ad hoc*, che poi incorpora la partecipata (C): in tal caso A rileva e deduce fiscalmente la perdita subito con il trasferimento, B procede all'incorporazione di C e quindi A incorpora B, realizzando un risultato finale equivalente all'incorporazione di C da parte di A, con l'aggiunta del riconoscimento fiscale della perdita di fusione, mascherata da «perdita di cessione».

Oppure la partecipata (C) procede alla distribuzione al socio (A) di una parte consistente delle proprie riserve, o effettua accantonamenti di rilevante entità, al solo scopo di creare nel proprio bilancio delle diminuzioni patrimoniali che legittimino la svalutazione della partecipazione da parte di A, la quale potrà poi procedere alla incorporazione di C. La perdita di fusione così è anticipata sotto forma di «perdita da svalutazione».

(23) Cfr.: Zizzo, *Il disavanzo di fusione senza cambio di azioni o quote come componente negativo del reddito dell'incorporante*, in *Riv. dir. trib.*, 1992, II, 624 ss., il quale difatti dubita della legittimità costituzionale dell'art. 123 t.u.i.r.

(24) Il principio di continuità dei valori fiscali è, come è noto, finalizzato ad evitare salti d'imposta e doppie tassazioni. L'iscrizione dei beni dell'incorporata nel bilancio dell'incorporante ad un valore inferiore al costo della partecipazione, per ragioni obiettive e a causa delle limitazioni civilistiche, determina la «perdita» di una parte del valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione. Ove tale perdita non fosse fiscalmente rilevante, si verificherebbe una doppia tassazione, come si dirà più diffusamente in seguito.

cietà incorporante sarebbe nuovamente tassato, in capo a quest'ultima, sotto forma di plusvalenza di cessione dei beni dell'incorporata (25);

— *suscettibile di determinare una imposizione in mancanza del presupposto*, dato che al momento della cessione del bene acquisito tramite l'incorporazione emergerebbe una plusvalenza soltanto «aritmetica», ma in realtà non realizzata (26).

8. — Ulteriori perplessità derivano, all'interprete dell'art. 123 t.u.i.r., dal fatto che non mancherebbero argomenti interpretativi per sostenere, nonostante l'infelicitissima formulazione della norma, la deducibilità della perdita di fusione nell'attuale sistema impositivo. E ciò partendo dalla confutazione delle motivazioni contrarie di volta in volta addotte.

8.1. — Si è affermato che il principio di neutralità della fusione osterebbe alla configurazione di una perdita deducibile, e ciò in quanto la fusione è insuscettibile, di per sé stessa, di generare plusvalenze o minusvalenze (27).

Questo è vero, ma è altrettanto vero che in sede di compenetrazione di patrimoni vengono ad esistenza componenti positivi e negativi di reddito dovuti al consolidamento di posizioni reciproche fra le società partecipanti

(25) Ipotizziamo che la società A abbia partecipato alla costituzione della società B con un conferimento di un immobile del valore di 80, e che successivamente abbia ceduto la partecipazione alla società C a 100, realizzando una plusvalenza di 20 sottoposta ad imposizione. A distanza di alcuni anni C procede all'incorporazione di B, evidenziando un disavanzo di 20 non imputabile ad aumento del valore dell'immobile dato che la plusvalenza latente sullo stesso, ammontante per l'appunto a 20 al momento della vendita della partecipazione da A e C, è venuta meno nel frattempo per cause oggettive di mercato. Dopo qualche tempo C, approfittando di una fase nuovamente favorevole di mercato, cede l'immobile dell'ex incorporata a 100. Se la perdita di fusione non fosse deducibile avremmo che la plusvalenza di 20, realizzata da A con la cessione del bene di 2° grado, sarebbe nuovamente tassata in capo a C con la cessione del bene di 1° grado (vendita dell'immobile). Si realizzerebbe così una doppia tassazione.

(26) Continuando l'esempio della nota precedente, il valore fiscalmente riconosciuto dell'immobile per C è di 80 (valore di iscrizione in bilancio del bene in sede di fusione secondo i principi civilistici) a fronte di un prezzo realizzato di 100, la plusvalenza che emerge è di 20 e su ciò avverrebbe la tassazione, senza tener conto che C, avendo pagato 100 la partecipazione, avendo acquisito l'immobile mediante l'incorporazione di B ed avendo realizzato 100, non ha conseguito alcun utile. Ovviamente, ove la perdita di fusione fosse deducibile, la plusvalenza di 20 sarebbe controbilanciata da tale perdita, e il problema si ridurrebbe solo ad uno sfasamento fra imputazione della perdita (l'esercizio della fusione) e quello di evidenziazione della plusvalenza (l'esercizio della cessione del bene).

In senso sostanzialmente conforme cfr.: Lupi, *La rilevanza*, cit., 1488, testo e nota 20.

(27) Per questo orientamento cfr. in particolare i lavori della Pansieri, *Cit.*, alle note 8 e 10.

o alla estinzione per confusione ritenuto di affermare, a tale ultima ze attive o l'indeducibilità di quel

In realtà tutti siamo d'accordo la causa di plusvalenze o minusvalenze possa essere l'occasione in cui la causa è estranea al fenomeno della mancanza di uniformità di che oggetto di eliminazione per co

A tale categoria di componenti di fusione.

E in tal senso è ora opposto fusione», che abbiamo utilizzato componente negativo che stiamo non si tratta di una perdita di fusione, ma è ad essa preesistente casione per evidenziare una perdita indipendentemente da essa.

Si tratta invero di una perdita andrà cercata nell'art. 123 t.u.i.r. l'altro delle perdite di beni e delle prarvenuta insussistenza di attività critte in bilancio in precedenti esercizi

In tal senso, dunque, non sarà fiscale di tale perdita, oltre a reddito d'impresa, è sancita dall'art.

8.2. — Si è ancora affermato, ma, t.u.i.r., non consentirebbe la rilevanza reddituale degli avanzamenti del reddito dell'incorporante legge.

Anche qui si potrebbe innanzitutto non può trovare la sua disciplina tecnicamente estraneo alla fusione.

(28) Si pensi ad esempio ad un che si estingue per confusione: potrebbe l'incorporante e quindi dall'estinzione soluzione a suo tempo eseguita.

Oppure il credito di una società verso importo superiore rispetto al valore del da, perché ad esempio il debito è espresso dello stesso rispetto alla lira, l'una società cambio corrente, mentre l'altra l'abbia l'obbligazione è sorta. Dal consolidamento passiva.

E ancora sopravvenienze passive pot rischi su crediti e rischi su cambi resosi reciproci.

Per ulteriori ipotesi cfr. *amplius*, Lupi

o alla estinzione per confusione di debiti e crediti (28). E nessuno ha mai ritenuto di affermare, a tale ultimo proposito, l'intassabilità di sopravvenienze attive o l'indeducibilità di quelle passive.

In realtà tutti siamo d'accordo sul fatto che la fusione non può essere la causa di plusvalenze o minusvalenze, ma ciò non significa che essa non possa essere l'occasione in cui si manifestino componenti di reddito, la cui causa è estranea al fenomeno della fusione ed è generalmente riconducibile alla mancanza di uniformità di criteri di valutazione delle posizioni reciproche oggetto di eliminazione per consolidamento.

A tale categoria di componenti di reddito appartengono anche le perdite di fusione.

E in tal senso è ora opportuno precisare che la locuzione «perdita di fusione», che abbiamo utilizzato in linea con la dottrina per designare il componente negativo che stiamo esaminando, non è propriamente corretta: non si tratta di una perdita di fusione, dato che la perdita non deriva dalla fusione, ma è ad essa preesistente; per cui la fusione costituisce solo l'occasione per evidenziare una perdita venuta ad esistenza prima della fusione e indipendentemente da essa.

Si tratta invece di una perdita su partecipazioni, la cui disciplina non andrà cercata nell'art. 123 t.u.i.r. ma nell'art. 66 t.u.i.r., il quale tratta fra l'altro delle perdite di beni e delle sopravvenienze passive derivanti dalla sopravvenuta insussistenza di attività (e quindi della loro definitiva perdita) iscritte in bilancio in precedenti esercizi.

In tal senso, dunque, non sarebbe difficile concludere che la deducibilità fiscale di tale perdita, oltre a discendere dai principi sull'imposizione del reddito d'impresa, è sancita dall'art. 66 t.u.i.r.

8.2. — Si è ancora affermato, più di recente, che l'art. 123, 2° comma, t.u.i.r., non consentirebbe la deduzione della «perdita di fusione», data l'irrilevanza reddituale degli avanzi e dei disavanzi di fusione nella determinazione del reddito dell'incorporante. Di essi «non si tiene conto», dice la legge.

Anche qui si potrebbe innanzitutto replicare che il fenomeno esaminato non può trovare la sua disciplina nell'art. 123 t.u.i.r., dato che esso è geneticamente estraneo alla fusione. Ma i sostenitori dell'opposta tesi potreb-

(28) Si pensi ad esempio ad un credito dell'incorporante verso l'incorporata, che si estingue per confusione: potrebbe darsi che il credito sia stato svalutato dall'incorporante e quindi dall'estinzione sorgerà una sopravvenienza attiva pari alla svalutazione a suo tempo eseguita.

Oppure il credito di una società verso l'altra sia nel bilancio della prima per un importo superiore rispetto al valore del debito contabilizzato nel bilancio della seconda, perché ad esempio il debito è espresso in dollari e, a seguito dell'apprezzamento dello stesso rispetto alla lira, l'una società abbia ritenuto di rivalutarne l'importo a cambio corrente, mentre l'altra l'abbia lasciato iscritto al cambio del giorno in cui l'obbligazione è sorta. Dal consolidamento dei valori emergerà una sopravvenienza passiva.

E ancora sopravvenienze passive potranno emergere dall'aggiustamento dei fondi rischi su crediti e rischi su cambi resosi necessario in seguito all'estinzione dei debiti reciproci.

Per ulteriori ipotesi cfr. *amplius*, Lupi, *Profili*, cit., 275 ss.

bero replicare chiedendosi allora che senso avrebbe la previsione dell'art. 123 t.u.i.r.

Si è di fronte, a nostro avviso, ad una disposizione di specificazione del principio di neutralità della fusione, ad un chiarimento del legislatore, tutt'altro che inutile se si ha riguardo alla confusione che ha regnato (e forse regna tuttora) a proposito delle fusioni.

Le espressioni «avanzo» e «disavanzo» di fusione non significano altro che differenze fra due entità numeriche fra loro comparate. Esse cioè esprimono solo una grandezza e sono del tutto prive di ogni qualificazione sulla natura, sull'essenza, sulle origini e sulle cause dell'entità da esse misurata.

«Dietro» o, se si vuole, «dentro» al disavanzo vi possono, essere plusvalenze latenti, avviamento, sopravvenienze attive, ma anche insussistenze e perdite; così «dentro» all'avanzo vi possono essere del capitale conferito, degli utili accantonati, delle plusvalenze.

Dire che il disavanzo non è deducibile significa dire che una mera differenza, di per sé, non è deducibile: sono infatti deducibili i costi ma nessuno si sognerebbe di dedurre un disavanzo costituito da plusvalenze latenti o avviamento. Simmetricamente, dire che l'avanzo non è tassabile significa dire che una mera differenza non è tassabile: sono infatti tassabili i ricavi e le plusvalenze, ma nessuno penserebbe di tassare come reddito un capitale a suo tempo conferito (29) (30).

In quest'ottica il «non si tiene conto» dell'art. 123 t.u.i.r. potrebbe non significare irrilevanza e quindi assoluta indeducibilità delle perdite di fusione (31).

8.3. — Se si ha riguardo alla *ratio legis*, quale risulta dai lavori preparatori e in specie dalla relazione ministeriale alla bozza di t.u. (32), ci si

(29) Un significativo esempio della «neutralità», concettuale più che impositiva, dell'avanzo di fusione è dato dall'art. 44 del t.u.i.r., il quale originariamente prevedeva l'intassabilità come redditi di capitale delle somme versate ai soci a titolo di avanzo di fusione; tale disposizione fu poi abrogata con il d.l. 2 marzo 1989, n. 69, convertito nella l. 27 aprile 1989, n. 154.

Come mette bene in evidenza il Lupi (cfr. *Le imposte sui redditi, sul valore aggiunto e sui trasferimenti. Concetti istituzionali e linee di approfondimento*, Milano, 1991, 160), ciò non significa che l'avanzo di fusione sia per ciò tassabile o intassabile. «Non si può dire *a priori* quale debba essere il trattamento fiscale di questa posta in capo ai soci cui dovesse essere distribuita, perché occorrerebbe tener conto delle voci patrimoniali dell'incorporata, da cui tale posta proviene; ad esempio se l'avanzo provenisse da riserve dovrebbe essere considerato, per i soci, alla stregua di una distribuzione di utili, mentre se esso provenisse da capitale dovrebbe essere considerato una restituzione di conferimento. L'avanzo dev'essere perciò scomposto in base alla sua provenienza, distinguendo la quota derivante dal capitale dell'incorporata (o poste assimilate) e quello derivante da riserve di utili».

(30) Sulla tassabilità dell'avanzo e, più in generale, sulla «rilevanza simmetrica» delle differenze di fusione, opportunamente calcolate e rettifiche, si vedano le interessanti riflessioni svolte da un punto di vista sistematico e *de iure condendo* dal Lupi nella sua fondamentale monografia, *Profili*, cit., 194 ss.

(31) Come, cioè, se tale norma fosse sorretta da una logica del tipo «chi ha dato, ha dato e chi ha avuto, ha avuto».

(32) In *Fisco*, 1987, 88.

rende conto che non sino al p. di fusione erano i progetti dei fatti di spiegare perché l'avanzo fiscalmente riconosciuto e contabile». Conclude poi dicendosi per il disavanzo, al quale non fiscalmente deducibile» (corsivo).

Il legislatore non si è neppure, così come descritta nelle norme tributarie costituzionale che l'avanzo si è preoccupato dell'eccezione in termini di plusvalenze di chiarire meglio le modalità dell'incorporata. Insomma, di fronte alla relazione ministeriale, si ha la sensazione dei problemi e delle implicazioni nell'affrontarli (34), ma non far ritenere una volontà del legislatore di fusione, proprio quando si mente riconosciuti, alla luce del fatto semmai rilevanti. Ci pare che non abbia scritto più di quanto n

9. — In tal senso l'art. 123 t.u.i.r. avanzo e disavanzo, di per sé, non impositivi è semmai quello che es

Tale conclusione parrebbe il Ministero delle finanze sull'impos

Nel fornire istruzioni e chiarimenti ponibile, e cioè del patrimonio netto, ancora una volta, non disavanzo, infatti, continua a trattenere plusvalenze latenti, e quindi non si vedono dedursi dal patrimonio netto (salvo in una perdita, da imputarsi al capitale o la perdita di esercizio, com

(33) Per la critica alla tesi secondaria di mero equilibrio contabile cfr. *amplius*.

(34) Cfr.: Lupi, *Op. ult. cit.*, 141. Inappagante impedire la deduzione della rilevanza fiscale all'iscrizione di plusvalenze, sulla rilevanza fiscale del disavanzo, la possibilità di aggirare tale preclusione, .. sulla rilevanza fiscale del disavanzo, normativa a portarla esplicitamente alla luce, ne l'amarezza di constatare che lo stesso più lineare stabilendo che il disavanzo plusvalenze è deducibile in quote costanti.

(35) Cfr. Min. fin., circ., n. 9/81993.

rende conto che non sino al punto di affermare l'indeducibilità della perdita di fusione erano i progetti dell'estensore della norma. Egli si preoccupa infatti di spiegare perché l'avanzo non è tassabile, stante la continuità dei valori fiscalmente riconosciuti e la sua natura di «posta di mero equilibrio contabile». Conclude poi dicendo che «la stessa soluzione vale ovviamente per il disavanzo, al quale non viene perciò riconosciuta la natura di perdita fiscalmente deducibile» (corsivo nostro) (33).

Il legislatore non si è neppure posto il problema della «perdita di fusione», così come descritta nelle note che precedono, né dei problemi di diritto tributario costituzionale che essa implica. Quando ha trattato del disavanzo si è preoccupato dell'«equilibrio contabile» (*sic*), lo ha pensato esclusivamente in termini di plusvalenze latenti e di avviamento, e si è sforzato di chiarire meglio le modalità della imputazione a rivalutazione dei cespiti dell'incorporata. Insomma, di fronte alla norma, letta attraverso le lenti della relazione ministeriale, si ha proprio l'impressione di una scarsa conoscenza dei problemi e delle implicazioni delle fusioni e di una certa superficialità nell'affrontarli (34), ma non è dato ravvisare in essa elementi tali da far ritenere una volontà del legislatore di dichiarare indeducibili le perdite di fusione, proprio quando si preoccupa della continuità dei valori fiscalmente riconosciuti, alla luce del quale principio le perdite di fusione sarebbero semmai rilevanti. Ci pare dunque che al legislatore sia sfuggita la pena e abbia scritto più di quanto non volesse.

9. — In tal senso l'art. 123 t.u.i.r. potrebbe significare soltanto che avanzo e disavanzo, di per sé, non sono rilevanti, ma ciò che conta ai fini impositivi è semmai quello che essi rappresentano e contengono.

Tale conclusione parrebbe avvalorata dalla recentissima circolare del Ministero delle finanze sull'imposta sul patrimonio netto delle imprese (35).

Nel fornire istruzioni e chiarimenti sulla determinazione della base imponibile, e cioè del patrimonio netto, l'Amministrazione finanziaria ha affrontato il problema della rilevanza, a tali fini, del disavanzo di fusione. Del disavanzo, ancora una volta, non si tiene conto come voce negativa del patrimonio netto. Infatti, continua il Ministero, o esso è costituito da plusvalenze latenti, e quindi non si vede perché tali entità economiche dovrebbero dedursi dal patrimonio netto (sarebbe un'assurdità); oppure esso si risolve in una perdita, da imputarsi al conto economico, e quindi sarà semmai l'utile o la perdita di esercizio, comprensivi della perdita di fusione, a entrare

(33) Per la critica alla tesi secondo cui le differenze di fusione sarebbero poste di mero equilibrio contabile cfr. *amplius* Lupi, *Op. ult. cit.*, 94 ss.

(34) Cfr.: Lupi, *Op. ult. cit.*, 140, che sottolinea come appaia «formalistico ed inappagante impedire la deduzione del disavanzo a titolo di perdita, subordinandone la rilevanza fiscale all'iscrizione di plusvalenze». E, più oltre, dopo aver evidenziato la possibilità di aggirare tale preclusione, continua evidenziando che «la scelta legislativa .. sulla rilevanza fiscale del disavanzo può perciò realizzarsi nonostante la reticenza normativa a portarla esplicitamente alle sue naturali conseguenze sistematiche. Rimane l'amarezza di constatare che lo stesso risultato sarebbe stato raggiunto in modo più lineare stabilendo che il disavanzo di fusione non controbilanciato da iscrizioni di plusvalenze è deducibile in quote costanti in cinque esercizi».

(35) Cfr. Min. fin., circ., n. 9/870-92, in *Il Sole-24 Ore*, del 22 e 23 aprile 1993.

nel computo — immediatamente per la perdita o in sede di accantonamento a riserva per l'utile — del patrimonio netto tassabile. *Tertium non datur*.

Questo «aut-aut kierkegardiano» è da condividersi senz'altro e da esso discendono due corollari:

- l'abbandono della infelice tesi delle differenze di fusione come poste di mero equilibrio contabile del patrimonio;
- la rilevanza della perdita di fusione come componente negativo del reddito civilistico. Perché, dunque, non anche di quello fiscale?

dott. STEFANO MARCHESE