

**BONUS AGGREGAZIONE (ART. 1, COMMI 242-249, L. 296/06, FINANZIARIA 2007):
“INDIPENDENZA” (RISOLUZIONE N. 105/E DEL 20 MARZO 2008)**

Con risoluzione n. 105/E del 20 marzo 2008, l’Agenzia delle Entrate si è pronunciata sull’agevolazione prevista dall’art. 1, commi 242-249 della L. 296/2006 (Finanziaria 07), nei processi aggregativi fra imprese “indipendenti” ed “operative”. L’ipotesi riguardava un conferimento multilaterale, cioè effettuato da due società in altra neo costituita. L’Agenzia esclude i benefici fiscali di cui alla cit. legge per carenza di “indipendenza” nelle società “aggregate”, poichè entrambe controllate da soci comuni, pertanto riconducibili al medesimo soggetto giuridico ed economico.

Con risoluzione n. 105/E del 20 marzo 2008, l’Agenzia delle Entrate è tornata a pronunciarsi sul pre-requisito dell’“autonomia” nei processi aggregativi destinatari dei benefici fiscali di cui all’art. 1, commi 242-249 della L. 27 dicembre 2006, n. 296 (Finanziaria 2007). Il bonus concentrazione¹, introdotto dalla legislazione premiale *de qua* nell’ambito di un generale recupero di competitività del sistema, si configura come acquisizione indolore - gratuita - dei maggiori valori “iscritti” in dipendenza di operazione di fusione, scissione e scorpori aziendali, per un ammontare complessivo non eccedente l’importo di € 5.000.000,00. Pertanto, la società destinataria - beneficiaria, conferitaria o incorporante - in deroga alla neutralità fiscale che pervade tali operazioni di concentrazione “senza monetizzazione”, potrà riconoscere fiscalmente, fino a quell’importo, i disavanzi riallocati sugli *assets* ricevuti, “riallineando” senza oneri le differenze tra valori civili e fiscali. Vengono meno i prospetti di riconciliazione, difatti non vi sono discontinuità libro/fiscali da monitorare, ovviamente se i maggiori valori emersi per via di tali operazioni non sono in esubero rispetto al beneficio previsto (€ 5.000.000,00), poichè oltre tale misura, la rivalutazione effettuata ad es. dall’incorporante, ripristina il “doppio binario”. Invero, anche tale disallineamento, non coperto dalla franchigia dei 5.000.000,00, potrà essere eliminato dall’incorporante attraverso l’opzione per

¹ V. CIANI, *Bonus aggregazione ex art. 1, commi 242-249, della L. 27 dicembre 2006, n. 296, legge finanziaria 2007*, in *Fisco*, n. 13/2007, 1852 ss.

l'imposta sostitutiva, con aliquote progressive per scaglione di imponibile ridotte rispetto all'aliquota ordinaria (v. art. 1, comma 46, lettera d), n. 3), L. 244/07, Finanziaria 2008). Qui il riallineamento è oneroso, con l'effetto che il legislatore non condiziona la prefata opzione ai ben noti requisiti di "operatività" ed indipendenza" di cui *infra*, dei soggetti partecipanti all'operazione, che invece ritroviamo nell'art. 1, commi 242-249 (Finanziaria 2007). Il coordinamento fra le due discipline sui "riallineamenti", onerosi e gratuiti, sarà affidato ad un decreto non regolamentare del Ministro dell'economia e delle finanze. Nel bonus aggregazione (L. 296/2006) rilevano le operazioni effettuate nel biennio 2007/08, ma il vantaggio, rivalutazione in esenzione di imposta, è esteso a più operazioni effettuate nel cit. orizzonte temporale, pertanto una società potrà essere destinataria di uno scorporo multilaterale agevolato, ossia assumere in progressione ad es. la duplice veste di beneficiaria (scissione) e conferitaria, cumulando i "riallineamenti" emersi in entrambe le suddette operazioni. Si vuole dire che il beneficio potrà essere fruito dallo stesso soggetto "finale" per plurime operazioni effettuate nel biennio considerato, fino a concorrenza di € 5.000.000,00. L'agevolazione trova ingresso al verificarsi dei requisiti di "autonomia" ed "operatività" nelle società partecipanti. Quest'ultimo richiede un esercizio effettivo dell'attività commerciale nel biennio antecedente quello di efficacia giuridica dell'operazione di aggregazione, da valutarsi anche in base alla normativa sulle società di comodo di cui all'art. 30 della legge 23 dicembre 1994, n. 724, escludendo quelle società che al di là delle apparenze statutarie siano mere interposte, ovvero costituite con il solo scopo di gestire il proprio patrimonio nell'interesse dei soci. L'altro requisito dell'autonomia, presuppone l'integrazione di due compagini sociali, poiché si vogliono favorire le aggregazioni fra entità indipendenti, non rilevando le ipotesi di aggregazione "acquisitiva" e le mere riorganizzazioni interne. Pertanto, le società partecipanti non devono appartenere al medesimo gruppo né essere legate tra loro da un rapporto di controllo - in tal senso rilevano solo i disavanzi da concambio - né controllate, anche indirettamente dal medesimo soggetto ai sensi dell'art. 2359 codice civile. Nella fattispecie prospettata nell'ambito della procedura interinale dell'interpello di cui all'art. 11 L. 212/2000, vi sono due società che hanno soci comuni, partecipate da plurimi

soggetti “indipendenti”, non legati da rapporti familiari, nel qual caso opererebbe il cumulo antielusivo delle relative partecipazioni, nessuno dei quali in posizione di controllo. Le due società intendono dar vita ad una profonda operazione di concentrazione, “espansiva”, attraverso un conferimento neutrale di cui all’art. 176 TU² delle rispettive aziende v. *infra*, dal quale emergeranno importanti plusvalori civilistici, in prevalenza riferiti ad immobili. La società conferitaria neocostituita, destinataria di tali *assets*, ha invocato il riconoscimento fiscale dei predetti plusvalori, ovvero il “riallineamento” gratuito fra valori civilisti e fiscali degli stessi cespiti in base all’art. 1, commi 242-249 della L. 296/06, poiché sussistono i pre- requisiti di “operatività” ed “indipendenza”. Difatti, nella soluzione interpretativa prospettata dalla contribuente, si sostiene che non vi sono fatti ostativi all’ingresso dei benefici di cui alla cit. legge; nella specie non vi è un controllo incrociato, reciproco fra le due società conferenti e lo stesso dicasi per la conferitaria che è neocostituita, inoltre non vi è un soggetto sovraordinato in grado di esercitare il controllo su entrambe le società “aggregate”. Invero, le due società hanno nella loro compagine sociale solo persone giuridiche, quindi non si pone nemmeno un problema di applicazione dei ben noti rimedi antielusivi - osserva *supra* - sull’unificazione delle partecipazioni possedute da soggetti legati da rapporti parentali, quando il controllo è opportunamente “diluito” nella famiglia (v. circolare n. 16/E del 21 marzo 2008). Le società conferenti sono operative nel senso innanzi illustrato, rispettando l’anzianità di tale requisito, poiché appunto operative da più di due anni, v. *infra*. L’esame, dell’altro requisito dell’indipendenza, che ha costituito il “cuore” del pronunciamento dell’Agenzia, verrà ripreso più avanti. L’integrazione delle due aziende che si uniscono, veicola attraverso un loro conferimento ex art. 176 TU da parte delle suddette società, in altra neo costituita, la quale, in quanto destinataria soggetto “finale” dell’aggregazione, ha invocato i benefici fiscali previsti dalla L.296/06. L’integrazione delle aziende (*recte*; l’aggregazione) ricorre nella specie, poiché la conferitaria, ancorchè neocostituita, tendenzialmente esclusa dai benefici della

² V. LUPI, *Le operazioni straordinarie tra reddito d’impresa e meccanismi di coordinamento della tassazione societaria con quella dei soci*, in Lupi e Stevanato (a cura di), *La fiscalità delle operazioni straordinarie*, Milano, 2002, 43 ss..

legislazione premiale, nasce da uno scorporo multilaterale, con l'effetto che si verifica la sovraordinata confusione/integrazione fra entità produttive indipendenti - le società conferenti - necessaria per aderire ai benefici della normativa in esame, in coerenza con la politica di crescita dimensionale perseguita con l'intervento "sovvenzionale". La società destinataria rispetta anche l'ultroneo requisito della forma giuridica, assumendo la configurazione di srl oltre a quello cronologico, vista la prevedibile collocazione dell'operazione nel biennio considerato. Spostando le nostre attenzioni sulle società di "provenienza", va rilevato che la pregiudiziale operatività, *retro* illustrata, sussiste. Difatti, dai bilanci del 2005 e del 2006, nonché dal prospetto di operatività di cui al modello UNICO 2006/07, le società risultano essere operative. Più criticabile appare il profilo dell'indipendenza, escluso nelle conclusioni raggiunte dall'Agenzia. Sul punto è stato detto che nelle società conferenti la compagine sociale è composta da plurimi soggetti "comuni", nessuno dei quali ha una posizione di controllo, poiché le relative partecipazioni oscillano fra 10% ed il 15%. Fra gli stessi soci non vi sono rapporti di controllo incrociato, reciproco nel senso che nessuno di essi controlla l'altro, ed inoltre al di sopra degli stessi soci non vi è un soggetto controllante comune (controllo apicale), la cui presenza autorizzerebbe ad unificare le partecipazioni possedute direttamente nelle conferenti (società sorelle) stante la riconducibilità al medesimo soggetto, gerarchicamente sovraordinato, delle quote di partecipazioni *de quibus*. Fatte queste doverose premesse, non convince il percorso argomentativo seguito nel pronunciamento in esame, poiché si esclude l'ingresso dell'agevolazione di cui alla L. 296/06, per mancanza di indipendenza, verificata la riconducibilità agli stessi soci del controllo delle due società che si uniscono; l'Agenzia ha escluso tale pre-requisito, poiché nella fattispecie rappresentata dall'istante, la gestione di entrambe le società conferenti risulta accentrata in capo alle medesime persone. In altri termini, si sostiene il teorema che, poiché la maggioranza delle due società è nelle mani degli stessi soci, la fattispecie viola il requisito dell'autonomia e lo spirito della legislazione premiale che intende favorire le aggregazioni di imprese indipendenti, sostanziando *de facto* una direzione unitaria. Difatti, la gestione di entrambe le società risulta essere accentrata nelle stesse persone, con l'effetto che i

soggetti che si aggregano non sono effettivamente indipendenti, configurando una direzione unitaria, non meritevole di tutela. La tesi dell'asservimento decisionale delle società conferenti alla volontà delle stesse persone, viene rafforzata dalla presenza nel consiglio di amministrazione, in una delle due società, nel ruolo di presidente, della medesima persona che ricopre anche il ruolo di vice presidente nell'altra. Pertanto, nel pensiero dell'Agenzia, la dirimente autonomia viene vulnerata dalla riconducibilità del controllo delle società in aggregazione alle medesime persone, ancorché non legate da rapporti contrattuali o parentali. Tale rigorosa linea interpretativa inaugurata con altri pronunciamenti (v. risoluzione n. 360/E del 10 dicembre 2007 - l'ipotesi riguardava una scissione di due società a favore di una costituenda - e ancor prima con la circolare n. 16/E del 21 marzo 2007) non è conforme all'impianto normativo in esame. Si vuole dire che l'Agenzia, nell'interpretazione restrittiva del dato testuale, v. *infra* sulle ragioni, viene forse fuorviata dalla sopravvalutazione di alcuni momenti esteriori; il riferimento è alla presenza nelle due società di soci comuni, altro elemento deviante è stato quello dell'identificazione della stessa persona nel ruolo di presidente di entrambe le società. Invero, tale elementi normativamente non sono ostativi al riconoscimento del "riallineamento" gratuito dei plusvalori, nella misura in cui sia l'art. 1, commi 242-247 della L. 296/06 e sia la circolare 16 del 21 marzo 2007 limitano l'invasività del rimedio antielusivo rappresentato dall'unificazione delle partecipazioni possedute dai soci comuni, utilizzato dall'Agenzia e *retro* illustrato, alla sola ipotesi del frazionamento, fra persone legate da rapporti parentali, del controllo delle società "aggregate", appunto partecipate dai componenti del medesimo nucleo familiare. Pertanto, ai fini della verifica del requisito dell'indipendenza - sono vietate mere riorganizzazioni interne - il prefato cumulo delle partecipazioni possedute dai soci comuni delle società che si uniscono, sarà possibile solo in ambito familiare, ossia quando i soci sono persone fisiche legate da un vincolo parentale o quando fra i soci, ancorché persone giuridiche (è il nostro caso), esiste un controllo incrociato (v. A che controlla B entrambi soci delle società X e Y "aggregate") o ancora quando tali soci, persone giuridiche, sono controllati dalla medesima società (controllo apicale). Al di fuori di questi casi non vi sono spazi per operare surrettizie e viziate

unificazioni delle partecipazioni riferite a soggetti diversi, poiché tale sommatoria delle partecipazioni detenute dai soci presenti nelle società, per escludere la loro indipendenza, incontra un limite proprio nell'estraneità dei soci comuni - non vi sono elementi di qualificazione che li avvicinano (vanno provati ovviamente nella diversa fase endoprocedimentale). Pertanto, l'interpretazione restrittiva dell'Agenzia è disallineata dal dato normativo, che invece autorizza ai predetti fini ricognitivi del controllo, la studiata operazione di cumulo delle partecipazioni (società aggregate), quando le medesime sono concentrate nell'ambito dello stesso nucleo familiare e non anche quando i soggetti "comuni" delle società partecipanti sono estranei, a meno che non si riesca a provare la loro contiguità, in grado quindi di esercitare un'influenza dominante (v. anche i controlli di fatto). Altro elemento che non va ignorato nell'analisi delle criticità del rigoroso pensiero dell'AF, per rafforzare quel nostro giudizio di discutibilità delle esternazioni dell'Agenzia, è che i soci comuni delle società "aggregate" sono diversi, cioè il controllo di entrambe le entità è polverizzato fra nove soci. Difatti, nessuno di essi ha partecipazioni che oltrepassano la soglia del 12%, con l'effetto che l'integrazione del dirimente controllo, nella fattispecie *de qua*, necessita della presenza di tale elevato numero di soci. Il che allontana e riduce il *fumus* ovvero il sospetto di una gestione accentrata delle società conferenti nelle medesime mani. A diverse conclusioni si poteva pervenire, con adesione unanime quindi al pensiero dell'Agenzia, se i soci comuni fossero stati in numero più esiguo ad es. tre soci comuni che hanno il controllo delle prefate società, quindi con partecipazioni "qualificate" ad es. del 20%, 20% e 15%, qui la promiscuità, la connivenza fra gli stessi nella gestione delle società è più evidente, l'estraneità meno sfumata con il risultato che l'autonomia andava ricercata e sostenuta con argomentazioni più invasive. Il pensiero dell'Agenzia (risoluzione n. 105/E del 20 marzo 2008), non è innovativo, poiché consolida gli insegnamenti emarginati in precedenza, difatti è coerente con le esternazioni dell'AF sempre sollecitate nell'ambito della procedura dell'interpello di cui all'art. 11, L.212/2000. Il riferimento è alla risoluzione n. 374 del 14 dicembre 2007, che è sulla stessa linea rigorosa del più recente pronunciamento analizzato con le presenti note. L'ipotesi riguardava la fusione per incorporazione

di una società nell'altra, il tratto comune rispetto alla nostra fattispecie, è che entrambe le società hanno nella loro compagine sociale le medesime persone non legate da rapporti parentali, con l'eccezione di due di esse che sono fratelli. L'Agenzia nega i benefici fiscali, poiché l'85% del capitale sociale di entrambe le società è detenuto dalle medesime persone, per altro due delle quali rivestono anche il ruolo di presidente e vicepresidente di entrambi i consigli di amministrazione. Tale circostanza ricorre anche nella fattispecie prospettata dall'istante che ha dato vita alla risoluzione n. 105/E in esame. Si ripropongono anche in relazione a questo pronunciamento (ris. 374/E del 14 dicembre 2007) più datato, le stesse perplessità diffusamente manifestate poc'anzi, ovvero la fragilità di un teorema che per negare la dirimente autonomia nei soggetti partecipanti, richiesta dalla L. 296/06, rivaluta oltremisura un dato esteriore insignificante, ovvero la presenza di soci comuni le cui quote di partecipazioni detenute direttamente nelle società "aggregate", attraverso una discutibile operazione interpretativa, vengono unificate sulla base di una presunta, non provata "contiguità" fra gli stessi soci. In realtà quest'ultimi sono estranei e lo sono ancor di più se si considera il loro elevato numero, poiché possiedono partecipazioni insignificanti (v. la fattispecie prospettata nell'interpello che ha dato vita alla risoluzione n. 105/E del 20 marzo 2008), con l'effetto che l'agevolazione dovrebbe trovare ingresso anche quando le società partecipanti hanno soci comuni, con quote minoritarie (il cumulo delle medesime qui avverso integra il controllo), a meno che non si accerti - v. controlli di fatto - che la predetta percentuale assicuri al socio di esercitare un'influenza dominante con il determinarsi di un rapporto di partecipazione o alternativamente, provando la promiscuità fra gli stessi ovvero la non estraneità, sostenere la ricorrenza di un controllo attraverso la sommatoria delle partecipazioni da loro possedute.

Sulla base delle considerazioni, *retro* illustrate, si ritiene che la fattispecie prospettata dall'istante dovrebbe assicurare il rispetto del requisito dell'indipendenza di cui al comma 244 del citato articolo 1, non violando la *ratio* della legislazione premiale, non trattandosi di mera riorganizzazione interna ma di effettiva e vera integrazione di due aziende ma anche, per quanto

innanzi illustrato, di due compagini sociali, poiché le imprese non sono riconducibili al medesimo soggetto giuridico ed economico.

AVV. FABIO CIANI

UNIVERSITA' ROMA TRE

COMPONENTE DIRETTIVO UNCAT

***UNIONE NAZIONALE CAMERE AVVOCATI TRIBUTARISTI**