



Bonus aggregazioni e rapporti tra soci L'indipendenza

di Giuseppe Rebecca^(*)

Il bonus aggregazioni per le aziende scade a fine anno, salvo eventuali proroghe. È una norma interessante che ha avuto la sfortuna di essere stata prolungata in periodo di crisi.

Tra i vari requisiti che la norma prevede, ne analizziamo uno in particolare, l'indipendenza. Ora è ammessa la partecipazione di una società nell'altra fino a un massimo del 20%; nulla è però detto per società detenute da più o meno gli stessi soci.

Con la normativa precedente l'agevolazione in questo particolare caso era stata negata; con la normativa attuale può esserci qualche incertezza, essendo stata, appunto, ammessa una partecipazione fino al 20%.

1. Premessa

La legge finanziaria 2007 (L. 27 dicembre 2006, n. 296) ha introdotto un incentivo fiscale denominato "**bonus aggregazioni**" per i processi di aggregazione aziendale attuati negli anni 2007 e 2008¹.

^(*) Dottore Commercialista, Studio Rebecca & Associati di Vicenza.

¹ Sull'argomento si vedano E. Zanetti, *Riflessi sul piano contabile del riconoscimento fiscale dei maggiori valori iscritti a seguito di operazioni straordinarie*, in "il fisco" n. 21/2009, fascicolo n. 1, pag. 3380; E. Zanetti, *Bonus fiscale solo per le aggregazioni di complessi aziendali "effettivi"*, in "il fisco" n. 11/2009, fascicolo n. 2, pag. 1763; E. Lancia, *Proroga al 2009 del bonus aggregazioni*, in "il fi-

Il D.L. 10 febbraio 2009, n. 5 (c.d. decreto incentivati), convertito, con modificazioni, nella L. 9 aprile 2009, n. 33, con l'art. 4 ha prorogato tale agevolazione per il 2009, con alcune significative modifiche rispetto alla norma originaria; l'agevolazione **scade a fine anno**.

In questo ambito analizziamo un aspetto controverso, ossia l'esclusione dell'agevolazione in caso di società formalmente distinta, ma in parte con gli stessi soci.

L'Amministrazione finanziaria, nella versione precedente della legge, si era espressa per negare tale agevolazione in presenza di stessi gruppi di soci.

2. Il gruppo

Il secondo periodo del comma 244 dell'art. 1 della L. n. 296/2006, così come pure il secondo periodo del comma 3 dell'art. 4 del D.L. n. 5/2009 prevedono che l'agevolazione fiscale non si applichi qualora le imprese che partecipano alle operazioni di aggregazione "**facciano parte dello stesso gruppo societario**".

La norma richiede che tutte le imprese partecipanti all'aggregazione aziendale, oltre che operative da almeno due anni, siano anche imprese "**tra loro terze**", ossia **non appartenenti al medesimo gruppo societario**.

Non è specificato cosa si debba intendere per

sco n. 8/2009, fascicolo n. 2, pag. 1267; A. Mastroberti, *Bonus aggregazioni e regime di imposizione sostitutiva per le riorganizzazioni aziendali*, in "il fisco" n. 5/2009, fascicolo n. 1, pag. 671.

“gruppo societario”, definizione nemmeno rintracciabile in altre disposizioni tributarie.

Il terzo periodo di entrambe le richiamate disposizioni precisa quando il requisito della terzietà sia in ogni caso da intendersi escluso:

- “Sono in ogni caso esclusi i soggetti legati tra loro da un rapporto di partecipazione ovvero controllati anche indirettamente dallo stesso soggetto ai sensi dell’articolo 2359 del codice civile” (terzo periodo del comma 244 dell’art. 1 della L. n. 296/2006).
- “Sono in ogni caso esclusi i soggetti legati tra loro da un rapporto di partecipazione **superiore al 20 per cento** ovvero controllati anche indirettamente dallo stesso soggetto ai sensi dell’articolo 2359, primo comma, n. 1), del codice civile” (terzo periodo del comma 3 dell’art. 4 del D.L. n. 5/2009).

A differenza della norma originaria, per le operazioni perfezionate nel 2009 è quindi prevista una soglia minima al di sotto della quale l’esistenza di un legame partecipativo non implica l’esclusione *a priori* dall’agevolazione.

Si ricorda come il requisito dell’indipendenza sia comunque richiesto per un periodo pari a quello richiesto per l’operatività, e quindi nell’intero biennio precedente l’operazione.

3. Il gruppo secondo l’Amministrazione finanziaria

Vediamo ora cosa si intenda per gruppo societario, per poi passare all’esame dei rapporti tra soci. La nozione di **gruppo societario** pare in ogni caso non poter essere disgiunta dalla **nozione di controllo**, intendendosi dunque per gruppo quello formato dal soggetto in posizione apicale (il controllante) e da tutti i soggetti da questi (direttamente o indirettamente) controllati.

La situazione di controllo può discendere, alternativamente:

- “dalla disponibilità, diretta o per il tramite di altre società controllate, di un numero di voti, esercitabili nell’assemblea ordinaria della società direttamente o indirettamente partecipata, sufficienti ad assicurarne il controllo di diritto o di fatto (c.d. ‘controllo assembleare’);
- dall’esistenza di rapporti contrattuali che consentono ad un contraente di esercitare una influenza dominante sull’altro contraente (c.d. ‘controllo contrattuale’ che si origina, tipicamente, nelle situazioni in cui emerge, in modo strutturale e non meramente congiunturale, una sostanziale dipendenza economica di una

parte nei confronti dell’altra, come accade ad esempio per le c.d. ‘imprese terziste’ che sviluppano tutto o quasi tutto il proprio fatturato sulle commesse ad esse ‘girate’ da un singolo committente);

- dall’esistenza di accordi contrattuali o di clausole nello statuto di una società che espressamente attribuiscono ad altra società il potere di dirigerla e coordinarla (tali pattuizioni sono comunemente denominate ‘contratti di dominio’)².

L’Agenzia delle Entrate³ ha affermato che “il concetto di controllo deve essere esteso, ai fini fiscali, ad ogni ipotesi di influenza potenziale od attuale (al di là dei meri vincoli contrattuali), desumibile anche da circostanze ulteriori ed eventuali come la partecipazione ad un consorzio i cui unici consorziati sono, come nel caso de quo, le due società conferenti oltre ai soci delle medesime società”.

4. Rapporti di partecipazione ridotti

Per le operazioni perfezionate nel biennio 2007-2008, l’applicabilità delle agevolazioni risultava preclusa se i soggetti partecipanti all’operazione risultavano “legati tra loro da un rapporto di partecipazione”. La circ. n. 16/E del 21 marzo 2007⁴ dell’Agenzia delle Entrate aveva confermato l’esclusione dell’agevolazione in tutti i casi in cui fossero stati coinvolti nell’operazione di fusione, scissione o conferimento soggetti interessati da qualsiasi rapporto di partecipazione, ancorché minimo.

La nuova norma cambia sostanzialmente, su questo punto. Infatti, per le operazioni perfezionate nel **2009**, l’applicabilità della norma agevolativa risulta preclusa soltanto nel caso in cui i soggetti che partecipano a tale aggregazione (non appartenenti al medesimo gruppo societario) risultano “legati tra loro da un rapporto di partecipazione **superiore al 20 per cento**”.

5. Imprese controllate da persone fisiche o stessi soci

L’agevolazione deve intendersi esclusa anche

² E. Zanetti, *Bonus fiscale solo per le aggregazioni di complessi aziendali “effettivi”*, cit.

³ Ris. n. 468/E del 3 dicembre 2008, in “*il fisco*” n. 47/2008, fascicolo n. 1, pag. 8465.

⁴ In “*il fisco*” n. 13/2007, fascicolo n. 2, pag. 1806.

quando le imprese che partecipano all'operazione di aggregazione aziendale risultano **controllate**, anche indirettamente, da un medesimo soggetto che non sia a sua volta una società (ipotesi pacifica di esclusione), bensì una **persona fisica**⁵.

Come chiarito dall'Agenzia delle Entrate, ai fini della verifica della sussistenza del controllo da parte di una persona fisica, rilevano anche le partecipazioni possedute dai soggetti di cui al comma 5 dell'art. 5 del Tuir, ossia dal coniuge, dai parenti entro il terzo grado e dagli affini entro il secondo grado.

L'Agenzia delle Entrate, tuttavia, era andata oltre tali previsioni di base.

Già con la ris. n. 374/E del 14 dicembre 2007⁶, l'Agenzia delle Entrate aveva escluso l'applicabilità dell'agevolazione anche con riferimento al caso della fusione per incorporazione tra due società, delle quali:

- l'una risultava partecipata al 100% da quattro persone fisiche, senza legami di parentela o affinità;
- l'altra risultava partecipata all'85% dalle medesime quattro persone fisiche che possedevano l'intero patrimonio della prima.

“L'operazione di fusione rappresentata interessa due società che presentano compagini sociali quasi identiche e che – di fatto – risultano essere controllate dalle medesime persone fisiche”. Così conclude, invero senza motivazioni adeguate, la citata circolare.

In senso conforme vedasi anche la ris. n. 360/E del 10 dicembre 2007⁷, ove così si afferma: “non va dimenticato che lo scopo del provvedimento è quello di incentivare le aggregazioni aziendali tra soggetti autonomi e non, quindi, le mere riorganizzazioni operate nell'ambito dei gruppi societari ovvero effettuate tra soggetti non effettivamente ‘indipendenti’. Nella fattispecie oggetto dell'istanza di interpello in esame, la gestione di entrambe le società scisse risulta accentrata in capo alle medesime due persone, sostanzialmente di fatto, una direzione unitaria delle società coinvolte nell'operazione.

I signori Gamma ed Eta, infatti, che costituiscono l'intera compagine sociale della società Alfa

S.r.l., risultano essere gli unici soci, insieme alle rispettive consorti, anche della società Beta S.r.l. L'operazione di scissione rappresentata interessa, pertanto, due società che presentano compagini sociali quasi identiche e che – di fatto – risultano essere controllate dalle medesime persone fisiche”.

In particolare, nella fattispecie oggetto dell'istanza di interpello cui la citata risoluzione si riferisce, la compagine sociale della società ALFA risulta essere composta dai soci Gamma ed Eta, ciascuno dei quali detiene una partecipazione al Capitale Sociale del 50%. Inoltre, ciascuno degli stessi soci partecipa al Capitale Sociale della società BETA col 45%, mentre le rispettive consorti detengono ognuna il 5%.

Nello stesso senso si veda anche la ris. dell'Agenzia delle Entrate n. 105/E del 20 marzo 2008⁸. Le medesime società di capitali e di persone risultavano socie delle due società che intendevano procedere all'operazione di aggregazione aziendale nella misura, rispettivamente, dell'86,58% e del 61,61%.

Il fatto che i medesimi soci (fossero essi persone fisiche o società) possedessero complessivamente una partecipazione di controllo in entrambe le società partecipanti all'aggregazione aziendale precludeva il diritto a fruire dell'agevolazione. E questo ancorché nessun socio possedesse da solo una partecipazione di controllo.

Con la ris. dell'Agenzia delle Entrate n. 468/E del 3 dicembre 2008, si evidenzia come **il concetto di controllo deve essere esteso**, ai fini dell'agevolazione fiscale di cui all'art. 1, commi 242-249, della L. 27 dicembre 2006, n. 296, ad ogni ipotesi di **influenza potenziale** o **attuale** (al di là dei meri vincoli contrattuali).

Infatti, nella fattispecie oggetto dell'istanza di interpello cui la citata risoluzione si riferisce, viene disposto che, per appurare il rispetto del requisito dell'indipendenza, il concetto di controllo deve essere desunto anche da circostanze ulteriori ed eventuali a quelle di cui all'art. 2359 del codice civile, come, per esempio, nel caso di una partecipazione di due società ad un consorzio i cui unici consorziati sono le due società conferenti oltre ai soci delle medesime società⁹. In questo caso, “l'operazione di conferimento interessa, in definitiva, due società operativamente non indipendenti che svolgono in maniera unitaria, attraverso la partecipazione in maniera e-

⁵ In questo senso si è espressa l'Agenzia delle Entrate, con la circ. n. 16/E del 2007.

⁶ In “*il fisco*” n. 48/2007, fascicolo n. 1, pag. 7006.

⁷ In “*il fisco*” n. 47/2007, fascicolo n. 1, pag. 6877.

⁸ In banca dati “*fisconline*”.

⁹ Ris. dell'Agenzia delle Entrate n. 468/E, *cit.*

sclusiva al consorzio, tutta l'attività caratteristica...".

Con ris. dell'Agenzia delle Entrate n. 134/E del 28 maggio 2009¹⁰ l'Amministrazione finanziaria ha negato proprio il requisito di indipendenza, essendo l'operazione (conferimento) effettivamente operata tra due società che, seppure assolutamente indipendenti tra loro, erano controllate dalla stessa terza società.

Nel caso specifico la società aveva invece ritenuto che l'esistenza del gruppo in ogni caso non si concretizzasse in una vera e propria funzione di controllo, bensì si trattasse solo di limitata indipendenza.

Tale funzione di Zeta, diversa dal controllo per gli esperti dell'Agenzia, è insignificante per la concessione del *bonus*, in quanto la norma¹¹ va letta e interpretata così com'è, senza alcuna deroga¹².

6. Considerazioni varie

La norma originaria stabiliva che nessun legame partecipativo dovesse esistere tra le due società che si aggregavano.

E in quest'ottica così netta erano state escluse dall'agevolazione, da parte dell'Amministrazione

¹⁰ In banca dati "fisconline".

¹¹ Comma 244, secondo cui l'agevolazione non si applica "qualora le imprese che partecipano alle predette operazioni facciano parte dello stesso gruppo societario. Sono in ogni caso esclusi i soggetti legati tra loro da un rapporto di partecipazione ovvero controllati anche indirettamente dallo stesso soggetto ai sensi dell'articolo 2395 del codice civile".

¹² "FISCO oggi" del 29 maggio 2009.

finanziaria, richieste che riguardavano soggetti non collegati direttamente, ma con gli stessi soci o parte di stessi soci.

Ora invece è ammessa una partecipazione diretta fino al limite massimo del 20%. Ciò sta a significare che se la percentuale non è superiore al 20%, l'agevolazione spetta comunque.

Nella disposizione originaria era proprio il legame a essere escluso, non era appunto ammessa nessuna partecipazione e nessun collegamento tra soci; nell'attuale versione del "*bonus aggregazioni*" è solo una determinata percentuale di legame che esclude dalla partecipazione, oppure il controllo.

Per quanto concerne il rispetto del requisito di indipendenza in presenza di un **collegamento** tra gli stessi soci, si possono individuare tre ipotesi:

- nessun collegamento, e quindi come prima, oppure
- collegamento nel limite del 20%, come per le partecipazioni dirette, o
- senza alcun limite.

Non è facile prendere posizione. Anche prima, comunque, l'interpretazione dell'Agenzia delle Entrate pareva comunque forzata, *ultra legem*; ora, a maggior ragione, essendoci la possibilità di una partecipazione (fino al 20%), si potrebbe sostenere che la rigorosa interpretazione data precedentemente non sia più valida.

E quindi, forse, l'agevolazione "*bonus aggregazioni*" potrebbe anche essere applicabile a **società partecipate** dagli **stessi soci**, pur in assenza di controllo.

Rapporto tra soci	Nuova versione dell'agevolazione
Gruppo	Non spetta, in tutto o in parte
Partecipazioni inferiori al 20%	Spetta
Controllo	Non spetta
Stessi soci (in tutto o in parte)	Secondo la norma precedente l'agevolazione non spetta . Secondo la nuova norma, potrebbe esserci qualche incertezza (da approfondire).