

Per disattendere l'effettiva economicità dell'operazione

Fusione societaria, non basta il mero "sospetto di elusione"

La natura elusiva di una fusione societaria può essere provata per presunzioni purché dotate dei requisiti di legge, non essendo sufficiente il mero "sospetto di elusione". Così si è espressa la Commissione tributaria regionale del Piemonte nella sentenza n. 39/24/12. I giudici tributari hanno così confermato che, per poter disattendere l'effettiva economicità di un'operazione societaria, le presunzioni utilizzate dall'Amministrazione finanziaria devono essere coerenti con altri elementi oggettivi rinvenibili nel caso specifico, la cui dimostrazione spetta sempre all'Amministrazione stessa.

di Salvatore Mattia - Centro Studi Internazionali GEB Partners

La vicenda oggetto della pronuncia della Commissione tributaria regionale del Piemonte n. 39/24/12 concerne il tentativo, da parte dell'Amministrazione finanziaria, di riprendere a tassazione, sulla base della natura simulata del negozio giuridico sottostante, delle deduzioni effettuate da una società italiana (di proprietà di una società estera) a seguito della fusione con un'altra società.

Nel dettaglio, una S.r.l., dopo essere stata acquisita da una società olandese, provvedeva ad acquisire la totalità delle quote di una terza società cd. "target", ricorrendo in parte ad indebitamento.

Successivamente gli amministratori delle due società (S.r.l. incorporante e S.r.l. incorporata) deliberavano la fusione dei due enti. Nell'operazione di fusione l'incorporata veniva valutata ad un valore maggiore rispetto a quello di acquisto, e tale disavanzo veniva dalla nuova società imputato tra le attività, in particolare alle immobilizzazioni immateriali (in questo caso, come avviamento) e materiali.

Al momento della dichiarazione dei redditi, la società risultante dalla fusione chiedeva il riconoscimento di una parte del disavanzo (per avviamento ed immobilizzazioni materiali), sul quale non pagava l'imposta sostitutiva di cui agli artt. 12 e 14 della L. n. 342/2000, sull'assunto che essa aveva già assoggettato a tassazione la plusvalenza derivante dalla precedente acquisizione.

Successivamente veniva chiesto un ulteriore riconoscimento, sempre ai sensi delle norme citate, relativamente alla rivalutazione delle sole immobilizzazioni materiali e per cui, questa volta, veniva versata l'imposta sostitutiva per una parte (l'altra parte venendo accantonata in sospensione di imposta).

L'Amministrazione finanziaria ha proceduto ad accertamento analitico-induttivo ex art. 39, comma 1, lettera d), D.P.R. n. 600/1973, nelle cui motivazioni ha sostenuto che, in realtà, la prima acquisizione (alla quale è seguito la fusione) era un negozio simulato volto a consentire all'incorporante la deduzione dei costi relativi al disavanzo della futura fusione: su questo assunto, l'Amministrazione finanziaria ha ritenuto che la vera incorporante fosse la società estera che inizialmente aveva acquisito la società sottoposta ad accertamento e, conseguentemente, sono state disconosciute le deduzioni effettuate.

La società accertata ha fatto ricorso, nella fase di acquisizione della società target, al cd. *merger leverage buy out*, il quale, com'è noto, costituisce una fattispecie di finanziamento delle operazioni societarie in base alla quale una società ricorre ad indebitamento per acquisire una società bersaglio (o "target", con l'obiettivo di estinguere successivamente il debito contratto attraverso i flussi di cassa (o eventualmente vendite degli *assets* societari) della stessa società acquisita.

A seguito dell'avviso di accertamento, la società ha presentato ricorso in Commissione Tributaria Provinciale ed ottenuto l'annullamento dello stesso sulla base del fatto che la motivazione era carente.

L'Amministrazione finanziaria ha presentato appello innanzi alla Commissione Regionale.

Le argomentazioni della CTR Piemonte

Con la sentenza in commento, la CTR Piemonte ha rigettato quasi integralmente le pretese dell'Amministrazione finanziaria sostanzialmente sulla base del mancato assolvimento dell'onere probatorio.

I giudici pongono in rilievo il fatto che la fusione era preceduta da un indebitamento e, quindi, rientrava nell'ambito di applicazione dell'istituto del *merger leverage buy out*, elemento ritenuto secondario dall'Amministrazione finanziaria, la quale avrebbe immediatamente ed induttivamente rilevato la natura simulatoria dell'operazione complessiva per disconoscere le deduzioni operate.

Al contrario, la Commissione ha reputato importanti le modalità concrete con le quali l'operazione è stata impostata, in quanto aventi valenza economica e correttezza fiscale.

I giudici, infatti, sottolineano come l'asserita natura elusiva dell'operazione contrasti con la realtà dei fatti, sulla base di tre assunti fondamentali:

- l'operazione di merger leverage buy out, prima ammessa da giurisprudenza e dottrina e dal 2004 prevista dal legislatore (art. 2501-*bis* c.c. così come inserito a seguito della riforma del diritto societario del 2003 delegata dalla legge n. 366/2001, richiamata in sentenza, N.d.r.), è una diffusa forma di finanziamento delle operazioni di fusione che non può essere astrattamente ritenuta "elusiva";

- la società accertata era particolarmente operativa nel settore delle merger leverage buy out in ambito internazionale;

- **gli utili realizzati successivamente alla fusione** dimostrano come l'operazione rispondesse davvero a **logiche imprenditoriali improntate al criterio di economicità**, e non, come sostiene l'Amministrazione finanziaria, al solo obiettivo di ottenere un indebito vantaggio fiscale;

- la "non elusività" deve ritenersi confermata anche dall'ulteriore dato fattuale, prodotto dalla contribuente, concernente l'aver previamente sottoposto a tassazione la plusvalenza e aver successivamente pagato l'imposta sostitutiva per l'affrancamento del disavanzo di fusione con il conseguente riconoscimento del disavanzo e la deducibilità degli ammortamenti incorporati.

Conclusioni

La pronuncia commentata affronta, tra gli altri, il tema dell'efficacia probatoria delle presunzioni semplici e dell'onere della prova.

Più in particolare, essa sembra voler riportare l'attenzione su un concetto di cui troppo spesso la Pubblica Amministrazione sembra non tenere conto, vale a dire quello concernente il rispetto effettivo dei requisiti dell'art. 2729 c.c. tutte le volte in cui i verificatori si avvalgono dello strumento presuntivo.

È noto come lo strumento dell'inferenza logica costituisca un utile grimaldello che il Legislatore tributario, sempre più spesso, fornisce all'Amministrazione per ovviare alla fisiologica difficoltà probatoria di accertare operazioni complesse, ignote e per lo più cronologicamente risalenti.

Tale assunto è tanto più confermato se si pone attenzione all'art. 39, comma 2, D.P.R. n. 600/1973, dove viene addirittura previsto, in determinati casi, l'utilizzo di presunzioni cd. "semplicissime" (non dotate dei requisiti della gravità, precisione e concordanza di cui all'art. 2729 c.c.).

Ciò non deve far perdere di vista, come sempre più spesso la dottrina sottolinea, che, a parte l'eccezione costituita dalle presunzioni semplicissime, il cui utilizzo è subordinato a requisiti specifici, la possibilità di utilizzare lo strumento inferenziale (possibilità, peraltro, riconosciuta sia all'Amministrazione finanziaria che al contribuente) non esime dall'assolvere l'onere della prova, anzi ne è la conferma stessa.

L'utilizzo di presunzioni semplici, a differenza delle presunzioni legali, non inverte l'onere della prova, ma contribuisce a formare il convincimento del giudice e deve rispettare i criteri della gravità, della precisione e della concordanza.

Nel caso specifico la confusione dell'Ufficio verificatore in materia di presunzioni semplici è lapalissiana, dal momento che, a ben vedere, il ragionamento inferenziale della presunzione viene fatto sostanzialmente coincidere con il risultato che vorrebbe dimostrare, ossia il mezzo di prova viene tautologicamente sovrapposto e confuso con il *thema probandum*: per provare una simulazione negoziale si utilizza la presunzione che l'operazione fosse elusiva; ma, dal momento che la simulazione è proprio una delle forme in cui le operazioni elusive vengono perpetrate, non si comprende quale sia il fatto noto utilizzato dall'Amministrazione finanziaria per completare il ragionamento.

L'Amministrazione finanziaria ritiene che ad operare la vera acquisizione della società sia stata non la s.r.l. italiana ma la società olandese che aveva previamente acquisito la proprietà di quest'ultima, sulla base del fatto che l'operazione posta in essere tra le due società (incorporante ed incorporata) sarebbe stata elusiva e abbia avuto come unico scopo l'indebito risparmio di imposta.

In altre parole, viene completamente confuso, o peggio ancora sovrapposto, il piano processuale (presunzione semplice) con quello sostanziale (simulazione), provando, in poche parole, l'elusività di un'operazione con l'elusività dell'operazione.

E' evidente come in sede processuale non possa resistere una motivazione che, a ben guardare, non è inferenziale (non ricorre ai meccanismi presuntivi così come disciplinati dal codice civile) ma, se si può dire, "autoreferenziale", in quanto costituente una mera allegazione di parte.

A completamento della soprariportata analisi, si aggiungano le seguenti ulteriori precisazioni.

Innanzitutto, la presunzione di elusività utilizzata dall'Amministrazione finanziaria non aveva nessuno dei tre requisiti previsti dalla legge, in quanto facente riferimento solo a se stessa (ed alla convinzione dell'Amministrazione finanziaria).

In secondo luogo, come se non bastasse, l'allegazione (perché, si ripete, di mera allegazione, e non di presunzione, a nostro avviso, si tratta) è stata in giudizio ampiamente smentita dal contribuente attraverso ampie argomentazioni e attraverso la produzione di dati e di fatti (non in via presuntiva, peraltro) chiaramente idonei a dimostrare il valore economico e la correttezza fiscale dell'operazione.

Copyright © - Riproduzione riservata

[Commissione tributaria regionale Piemonte, sez. XXIV, sentenza 24/08/2012, n. 39](#)