

La fusione e i limiti per il riporto delle perdite fiscali

di Fabio Giommoni - dottore commercialista e revisore legale
e Francesco Facchini - dottore commercialista e revisore legale

Ai sensi dell'art.172, co.4 Tuir, la società incorporante o la società risultante dalla fusione subentra negli obblighi e nei diritti, rispettivamente, delle società fuse e incorporate, relativi alle imposte sui redditi, compreso, quindi, il diritto a riportare in diminuzione del proprio reddito le perdite fiscali delle società fuse o incorporate. Tuttavia, la normativa fiscale prevede una serie di limitazioni al riporto delle perdite fiscali nella fusione, con l'obiettivo di contrastare il fenomeno elusivo del c.d. "commercio delle bare fiscali", ovvero, nel caso specifico, contrastare la fusione o l'incorporazione di società prive di un'effettiva attività economica realizzata al solo fine di utilizzare le perdite delle società fuse o incorporate. In particolare, il Legislatore tributario ha condizionato la riportabilità delle perdite ante fusione (ferme restando le modalità di utilizzo di cui all'art.84 Tuir) al rispetto di determinati parametri qualitativi e quantitativi in capo alle società cui le perdite stesse si riferiscono.

L'articolo 172, co.7, del Tuir prevede il seguente iter da seguire per verificare la riportabilità delle perdite ante fusione in capo alle società partecipanti alla fusione.

A)	Test di vitalità economica
B)	Limite del patrimonio netto
C)	Limite delle precedenti svalutazioni fiscali sulle partecipazioni

Test di vitalità economica: ricavi e costi rilevanti

L'iter previsto dall'art.172, co.7 Tuir prevede innanzi tutto che le perdite di ciascuna società partecipante alla fusione siano riportabili soltanto se risultano soddisfatti determinati requisiti di vitalità economica. In particolare, la società cui si riferiscono le perdite fiscali deve aver conseguito, nell'esercizio precedente a quello in cui la fusione è stata deliberata, ricavi e proventi caratteristici, nonché spese per prestazioni di lavoro subordinato e relativi contributi, per un ammontare superiore al 40% di quello che risulta dalla media degli ultimi due esercizi anteriori. I dati necessari per verificare il test di vitalità devono essere ricavati dai bilanci d'esercizio, non assumendo, invece, rilievo le componenti reddituali rilevanti ai fini della determinazione del reddito di impresa. Con riferimento alla nozione di "ricavi e proventi caratteristici", la versione vigente della norma prevede che siano presi in considerazione tutti i proventi dell'attività tipica della società. Pertanto, come chiarito anche dall'Agenzia delle Entrate con la [Risoluzione n.143/E/08](#), debbono essere considerati tutti i componenti positivi di reddito che, in relazione all'attività svolta dalla società, abbiano natura ricorrente e si contrappongano ai costi caratteristici, di modo

che il loro ammontare possa considerarsi indicatore della continuità e vitalità aziendale. In particolare, assumono rilevanza:

- i ricavi delle vendite e delle prestazioni di cui alla voce A1) del Conto economico;
- i ricavi e proventi iscritti alla voce A5) del Conto economico, se riconducibili all'attività caratteristica;
- i proventi da partecipazione e gli altri proventi finanziari di cui, rispettivamente, alle voci C15) e C16) del Conto economico (utili da partecipazione e interessi attivi), sempre se riferibili all'attività tipica, come nel caso delle *holding* di partecipazione.

Relativamente alle spese del personale dipendente, si devono considerare i salari e stipendi nonché i contributi sociali di cui, rispettivamente, alle voci B9a) "Salari e stipendi" e B9b) "Oneri sociali" del Conto economico.

Resterebbero, pertanto, escluse dal calcolo le quote di accantonamento al Tfr:

- gli accantonamenti ai fondi di previdenza integrativi;
- gli incentivi all'esodo e
- le indennità di prepensionamento.

Alcune tipologie di società, come ad esempio quelle

OPERAZIONI STRAORDINARIE

immobiliari e quelle finanziarie, sono spesso caratterizzate dall'assenza di lavoratori dipendenti e, pertanto, non presentano costi del personale nei loro bilanci. Al riguardo, l'Agenzia delle Entrate (cfr Risoluzione n.337/E/02) ha avuto modo di precisare che la mancanza assoluta di costi del personale in bilancio "non è, da sola, sintomo di scarsa vitalità aziendale", lasciando, dunque, intendere che il riporto delle perdite non è precluso laddove l'operatività della società portatrice delle perdite si possa desumere da altri fattori. In tal caso, tuttavia, secondo quanto affermato dall'Agenzia delle Entrate, si renderà necessario presentare un'istanza di interpello alla Direzione regionale competente, ai sensi dell'art.37-bis, co.8 d.P.R. n.600/73, per ottenere la disapplicazione della norma antielusiva in esame.

Infatti, come chiarito dalla [Circolare n.9/E/10](#), l'Amministrazione finanziaria può disapplicare, sulla base di richiesta di interpello da parte del contribuente, la norma antielusiva in commento qualora venga dimostrato che l'operazione di fusione non rappresenta l'epilogo di una manovra elusiva consistente nella fusione di una società priva di vitalità economica, allo scopo di decurtare il reddito imponibile di una delle altre società partecipanti con le perdite fiscali accumulate dall'altra società negli esercizi precedenti la fusione, la cui attività economica sia ormai inesistente.

Un'altra questione sottoposta all'attenzione dell'Amministrazione finanziaria riguarda l'ipotesi in cui alla fusione partecipino società neocostituite, per le quali può mancare il biennio di riferimento per l'applicazione del test di vitalità economica. Anche in questo caso, l'Agenzia delle Entrate, rendendosi conto che una "società neocostituita non può essersi depotenziata rispetto ad un passato in cui ancora non esisteva", prevede la possibilità di ottenere la disapplicazione, mediante apposita istanza, della norma antielusiva (cfr Risoluzione n.337/E/02).

Test di vitalità economica: il confronto con gli esercizi precedenti e i bilanci di riferimento

I ricavi e i costi ricavati dal Conto economico, secondo quanto sopra precisato, devono essere confrontati con il 40% dei dati medi delle medesime poste contabili rilevati nei due esercizi anteriori a quello di riferimento.

Secondo il tenore letterale della norma, i dati da prendere in considerazione ai fini del test di vitalità economica sono quelli relativi ai Conti economici

dell'esercizio anteriore alla delibera di fusione e dei due esercizi precedenti.

Esempio

Con riferimento ad una fusione deliberata in data 30 aprile 2014 si deve prendere in considerazione, ai fini del test di vitalità, il bilancio chiuso al 31 dicembre 2013, confrontando i dati in esso contenuti con la media di quelli dei bilanci chiusi al 31 dicembre 2012 e 31 dicembre 2011.

Dal tenore letterale della norma non verrebbe, invece, richiesto di fare riferimento anche ai dati di Conto economico relativi alla frazione di esercizio in cui la fusione viene deliberata.

Tuttavia, l'Agenzia delle Entrate, con la [Risoluzione n.116/E/06](#), ha fornito un'interpretazione estensiva della disposizione in esame, stabilendo che:

"i requisiti di vitalità economica debbano sussistere non solo nel periodo precedente la fusione, come si ricava dal dato letterale, bensì debbano continuare a permanere fino al momento in cui la fusione viene deliberata".

Tale impostazione è stata ribadita con la successiva Risoluzione n.143/E/08 e, da ultimo, con la Circolare n.9/E/10, con l'ulteriore precisazione che:

"ai fini della verifica relativa alla frazione di esercizio fino al giorno in cui viene deliberata la fusione, l'ammontare dei ricavi e proventi dell'attività caratteristica e delle spese per prestazioni di lavoro relativi a detto intervallo di tempo deve essere ragguagliato ad anno, per consentire che il raffronto con la media dell'ammontare dei medesimi elementi contabili degli ultimi due esercizi precedenti sia effettuato tra dati omogenei".

Risulta chiaro che, con siffatta interpretazione estensiva della norma, l'Agenzia ha voluto evitare che la stessa possa essere privata del suo scopo antielusivo, permettendo il riporto delle perdite fiscali ad una società completamente depotenziata nell'arco di tempo intercorrente fra la chiusura dell'esercizio precedente alla fusione e la data di attuazione della stessa.

Se il test di vitalità riferito alla frazione di periodo antecedente alla fusione non viene superato, viene negato il riconoscimento di tutte le perdite pregresse della società interessata, anche quando risulta superato il primo confronto, quello, cioè, effettuato con riferimento al bilancio precedente alla fusione.

OPERAZIONI STRAORDINARIE

Esempio

Riprendendo l'esempio precedente, nel quale la fusione era deliberata in data 30 aprile 2014, secondo l'Agenzia delle Entrate si dovrebbe effettuare 2 test di vitalità:

1. il primo confrontando i dati economici del bilancio chiuso al 31 dicembre 2013 con la media di quelli chiusi al 31 dicembre 2012 e 31 dicembre 2011;
2. il secondo confrontando i dati economici del Conto economico al 30 aprile 2014 con la media di quelli dei bilanci chiusi al 31 dicembre 2013 e 31 dicembre 2012, ragguagliando ad anno i dati della situazione intermedia al 30 aprile 2014 ai fini del confronto.

Entrambi i test di vitalità devono essere superati ai fini del riporto delle perdite fiscali.

L'orientamento in rassegna è stato notevolmente criticato in dottrina e, in particolare, da Assonime (Circolare n.31/07) e dall'Aidc (Norma di comportamento n.176/09), le quali ritengono del tutto errata l'interpretazione estensiva dell'Agenzia delle Entrate, tenuto conto che il dato testuale dell'art.172, co.7 Tuir non cita la necessità di eseguire il test anche sulla frazione di esercizio precedente la data di effetto della fusione.

Limite del patrimonio netto: il bilancio di riferimento

Superato il test di vitalità, il co.7 dell'art.172 Tuir prevede in ogni caso un limite quantitativo al riporto delle perdite fiscali, stabilendo che le stesse possono essere riportate solo:

“per la parte del loro ammontare che non eccede l'ammontare del rispettivo patrimonio netto quale risulta dall'ultimo bilancio o, se inferiore, dalla situazione patrimoniale di cui all'art.2501-quater cod.civ., senza tener conto dei conferimenti e versamenti fatti negli ultimi ventiquattro mesi anteriori alla data cui si riferisce la situazione stessa”.

Una questione che ha generato diverse incertezze interpretative attiene al significato da attribuire alla locuzione “ultimo bilancio”. Infatti, sulla base del semplice dato letterale della disposizione in esame non è chiaro se per “ultimo bilancio” debba intendersi l'ultimo bilancio “approvato” o semplicemente “chiuso”. Inoltre, non è pacifico a quale data riferirsi per la ricerca di tale ultimo bilancio, posto che si potrebbe avere riguardo, in astratto, alla data della delibera di fusione, a quella di stipula dell'atto di fusione o a quella in cui la fusione diviene giuridicamente efficace.

Al riguardo, la [Risoluzione n.54/E/11](#), dopo aver ripercorso le varie modifiche che nel tempo hanno interessato la norma in oggetto, ha chiarito che deve farsi riferimento al bilancio relativo all'ultimo esercizio chiuso prima della data di efficacia giuridica della fusione, ancorché non approvato a tale data.

Con la disposizione antielusiva in oggetto, infatti, il Legislatore fiscale ha individuato nel limite patrimoniale un indice, ancorché approssimativo, in grado di misurare la capacità della società di produrre in futuro redditi imponibili tali da compensare le perdite fiscali pregresse riportate.

Di conseguenza, la determinazione di tale patrimonio dovrà avvenire in un momento quanto più prossimo alla data di efficacia giuridica della fusione e, pertanto, il “documento contabile” da utilizzare dovrà essere individuato in quello ultimo utile prima del perfezionamento dell'operazione straordinaria.

Esempio

Si consideri il seguente caso di fusione per incorporazione realizzata secondo la seguente tempistica:

- 18 novembre 2009 - approvazione da parte dei Cda del progetto di fusione, delle relazioni degli amministratori e delle situazioni patrimoniali di fusione redatte al 31 agosto 2009, ai sensi dell'art.2501-quater cod.civ.;
- 30 novembre 2009 - deliberazione della fusione da parte delle assemblee straordinarie;
- 10 febbraio 2010 - stipula dell'atto di fusione con efficacia giuridica 1° marzo 2010;
- 1° gennaio 2010 - decorrenza degli effetti contabili e fiscali dell'operazione;
- 22 aprile 2010 - approvazione del bilancio dell'incorporata al 31 dicembre 2009.

Sulla base dei chiarimenti forniti dalla Risoluzione n.54/E/11 ai fini della determinazione del *quantum* delle perdite fiscali riportabili, deve essere considerato il patrimonio netto risultante dal bilancio della società incorporata relativo all'ultimo esercizio chiuso prima della data di efficacia giuridica della fusione (1° marzo 2010), vale a dire quello relativo all'esercizio chiuso il 31 dicembre 2009, ancorché approvato dalla società incorporante in una data (22 aprile 2010) successiva rispetto a quella di efficacia giuridica della fusione (1° marzo 2010).

Limite del patrimonio netto: il confronto con la Situazione patrimoniale di fusione

La Risoluzione n.54/E/11 chiarendo che deve farsi riferimento al bilancio relativo all'ultimo esercizio

OPERAZIONI STRAORDINARIE

chiuso prima della data di efficacia giuridica della fusione, ancorché non approvato a tale data, ha precisato inoltre che ciò vale:

“sempre che dalla Situazione patrimoniale redatta ai sensi dell’articolo 2501-quater del codice civile non risulti un patrimonio netto inferiore”.

Questo breve inciso ha fatto ritenere a taluni che l’Agenzia delle Entrate ritenga che resta ferma, in ogni caso, la necessità di fare riferimento al patrimonio netto della Situazione patrimoniale ex art.2501-quater cod.civ., se dalla stessa emerge un patrimonio inferiore rispetto all’ultimo bilancio.

Tale affermazione non sarebbe, tuttavia, da ritenere sempre corretta per le considerazioni che seguono. Come evidenziato in precedenza, la volontà del Legislatore è quella di fare riferimento al documento contabile più prossimo rispetto alla data di efficacia della fusione. Può, tuttavia, accadere che la Situazione patrimoniale di fusione non costituisca più l’ultimo prospetto contabile, in ordine temporale, rappresentativo del patrimonio della società, come, ad esempio, nell’ipotesi in cui tra la data di redazione della Situazione patrimoniale e la data di efficacia della fusione intervenga la chiusura dell’esercizio. In tale caso, se il patrimonio netto risultante dalla Situazione patrimoniale è inferiore a quello risultante dall’ultimo bilancio, occorre chiedersi a quale patrimonio netto fare riferimento.

L’interpretazione letterale della norma in oggetto potrebbe indurre ad assumere, in ogni caso, il patrimonio netto risultante dalla Situazione patrimoniale. Tuttavia, in questo modo si creerebbe un contrasto con la stessa interpretazione dell’Agenzia, la quale prevede di assumere il patrimonio netto risultante dall’ultimo documento contabile chiuso prima della data di efficacia giuridica della fusione.

Al riguardo, una soluzione coerente con quanto affermato precedentemente dall’Agenzia è quella di utilizzare il patrimonio netto (inferiore) risultante dalla situazione patrimoniale solo nell’ipotesi in cui la stessa sia successiva all’ultimo bilancio chiuso.

Tra l’altro, il D.Lgs. n.123/12 ha apportato alcune modifiche agli aspetti procedurali di fusioni e scissioni. In particolare, è stato modificato l’art.2501-quater cod. civ., prevedendo la non obbligatorietà della redazione della situazione patrimoniale quando vi rinuncino all’unanimità i soci e i possessori di altri strumenti finanziari che attribuiscono il diritto di voto di ciascu-

na delle società partecipanti alla fusione.

Conseguentemente, qualora la Situazione patrimoniale non venga redatta, l’unico documento di riferimento per l’effettuazione dell’*“equity test”* è il bilancio di esercizio.

Sulla base della suddetta modifica normativa, da un punto di vista fiscale si potrebbero causare delle situazioni di disparità di trattamento.

Infatti, ipotizzando 2 operazioni di fusione del tutto simili, differenziate unicamente dal fatto che in una è stata redatta la situazione patrimoniale di fusione mentre nell’altra i soci vi hanno rinunciato:

1. nella prima sarà necessario utilizzare il patrimonio netto derivante dalla Situazione patrimoniale se inferiore all’ultimo bilancio,
2. mentre nella seconda potrà essere utilizzato unicamente il patrimonio netto dell’ultimo bilancio.

Limite del patrimonio netto: la neutralizzazione dei versamenti eseguiti negli ultimi 24 mesi

Al fine di contrastare possibili comportamenti elusivi, nella seconda parte del primo periodo del co.7 dell’art.172 Tuir, è ulteriormente previsto che il patrimonio netto di riferimento deve essere quantificato senza tenere conto dei conferimenti e versamenti fatti negli ultimi 24 mesi.

Detta disposizione mira evidentemente ad evitare che il limite del Patrimonio netto possa essere alterato attraverso la ricapitalizzazione della società, mediante conferimenti e versamenti effettuati prima della data di chiusura dell’ultimo bilancio, oppure della data della situazione patrimoniale di cui all’art.2501-quater cod.civ..

Per evitare tale conseguenza la norma prevede che siano neutralizzati gli effetti di ricapitalizzazioni della società eseguite mediante conferimenti e versamenti da parte dei soci, con la sola esclusione dei contributi erogati a norma di legge dallo Stato o da altri enti pubblici.

I versamenti eseguiti in favore della società sono, dunque, tutti quelli effettuati a copertura di perdite, in conto capitale o a fondo perduto, per i quali non si configura alcun obbligo di restituzione a carico della società, compresi quelli derivanti da rinunce ai crediti da parte dei soci, che hanno natura di riserve di capitale e come tali devono essere iscritte in apposita voce del patrimonio netto.

Non devono essere, invece, portati a riduzione del patrimonio netto gli incrementi patrimoniali dei 24

OPERAZIONI STRAORDINARIE

mesi precedenti che derivano da altre voci contabili quali le riserve di rivalutazione, la riserva azioni proprie in portafoglio, le riserve di utili, gli utili di periodo e quelli portati a nuovo.

Limite delle precedenti svalutazioni fiscali sulle partecipazioni

Superato il *test* di vitalità e il limite del patrimonio netto, è necessario effettuare un'ulteriore verifica nei casi in cui le partecipazioni delle società titolari delle perdite fiscali riportabili risultino possedute dalla società incorporante o da altra società che partecipa alla fusione e a fronte di tali partecipazioni sono state effettuate in passato svalutazioni fiscalmente rilevanti.

Il terzo periodo del co.7 dell'art.172 Tuir dispone, infatti, che se le azioni o quote della società la cui perdita è riportabile erano possedute dalla società incorporante o da altra società partecipante alla fusione, la perdita non è comunque ammessa in diminuzione fino a concorrenza dell'ammontare complessivo della svalutazione di tali azioni o quote effettuata ai fini della determinazione del reddito dalla società partecipante o dall'impresa che le ha ad essa cedute dopo l'esercizio al quale si riferisce la perdita e prima dell'atto di fusione.

In pratica, in presenza di precedenti svalutazioni fiscali sulle azioni o quote della società incorporata, dedotte direttamente dalla società incorporante oppure da altra società, estranea alla fusione, che le abbia ad essa cedute, dopo l'esercizio cui si riferisce la perdita e prima dell'atto di fusione, le perdite fiscali dell'incorporata non possono essere riportate fino a concorrenza dell'importo di tali svalutazioni.

Lo scopo di tale disposizione è quello di evitare una doppia deduzione della perdita, prima attraverso la svalutazione della partecipazione e, successivamente, attraverso la compensazione delle perdite fiscali della partecipata.

Per evitare una facile elusione della norma tramite

preordinate cessioni di partecipazioni, la neutralizzazione delle perdite fiscali opera anche nel caso in cui l'impresa che ha proceduto alla svalutazione delle partecipazioni non partecipi alla fusione ma abbia ceduto le partecipazioni stesse ad una società che partecipa alla fusione. La norma in rassegna è comunque destinata a perdere efficacia nel tempo, atteso che, a seguito del D.Lgs. n.344/03 di introduzione dell'Ires, non è più consentita la possibilità di dedurre le svalutazioni delle partecipazioni societarie. Pertanto, la disposizione sopra esaminata riguarda soltanto le svalutazioni effettuate sino al 31 dicembre 2003 per i soggetti con esercizio coincidente con l'anno solare.

Perdite fiscali soggette ai limiti di riporto

L'ultimo periodo del co.7 dell'art.172 Tuir stabilisce che in caso di retrodatazione degli effetti fiscali della fusione, le limitazioni al riporto delle perdite (sopra esaminate) sono estese anche all'eventuale risultato negativo, determinabile applicando le regole ordinarie, che si sarebbe generato in modo autonomo in capo ai soggetti che partecipano alla fusione, in relazione al periodo che intercorre fra l'inizio del periodo d'imposta e la data antecedente a quella di efficacia giuridica della fusione.

In pratica, nel caso di retrodatazione degli effetti fiscali, si dovrà determinare, per ciascuna società partecipante alla fusione (compresa quella incorporante), il risultato fiscale relativo alla suddetta frazione di esercizio e, nel caso in cui lo stesso fosse negativo (perdita fiscale) sarà soggetto, nonostante la retrodatazione, alle condizioni e ai limiti di riporto visti in precedenza.

Inoltre, il *test* di vitalità economica, in base a quanto previsto dall'Agenzia delle Entrate (cfr. Risoluzione n.143/E/08), dovrebbe essere eseguito anche con riferimento alla predetta frazione di esercizio precedente la data di effetto della fusione che viene coinvolto dalla retrodatazione.