



Il riporto delle perdite fiscali nella fusione

Introduzione

Ai sensi del co.4 dell'art.172 del Tuir, la società risultante dalla fusione (nella fusione per unione), ovvero quella incorporante (nella fusione per incorporazione), subentra negli obblighi e nei diritti delle società fuse o incorporate relativi alle imposte sui redditi, compreso, quindi, il diritto a riportare in diminuzione del proprio reddito le perdite fiscali ante fusione delle società fuse o incorporate.

Tuttavia, allo scopo di contrastare il fenomeno elusivo del commercio delle *c.d. "bare fiscali"* cioè, in questo caso, fusioni con società prive di un'effettiva attività economica poste in essere al solo fine di utilizzare le perdite delle società interessate, il Legislatore tributario ha condizionato la riportabilità delle perdite ante fusione (fermo restando il rispetto dei limiti temporali di cui all'art.84 del Tuir) al rispetto di determinati parametri qualitativi e quantitativi in capo alle società cui le perdite stesse si riferiscono.

L'*iter* da seguire per verificare la riportabilità delle perdite ante fusione in capo alle società partecipanti alla fusione è il seguente:

1	⇒	Test di vitalità economica
2	⇒	Limite del Patrimonio netto
3	⇒	Limite precedenti svalutazioni fiscali sulle partecipazioni

Test di vitalità economica

In primo luogo, è necessario verificare per ciascuna società con perdite fiscali riportabili se risultano soddisfatti determinati requisiti di vitalità economica. In particolare, l'art.172, co.7, del Tuir prevede che la società cui si riferiscono le perdite fiscali abbia 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.

La verifica del *test* di vitalità costituisce condizione preliminare ed essenziale, in quanto il mancato superamento dello stesso comporta l'impossibilità di riporto delle perdite ante fusione da parte della società risultante o incorporante.

Indici di vitalità economica	Valore minimo richiesto
Ricavi e proventi dell'attività caratteristica dell'esercizio precedente alla delibera di fusione	> 40% della media degli ultimi due esercizi anteriori a quello precedente la delibera di fusione
Spese per lavoro subordinato e relativi contributi dell'esercizio precedente alla delibera di fusione	

Con riferimento alla nozione di ricavi e proventi caratteristici, la disciplina previgente alla Riforma fiscale del 2004 – attuata con il D.Lgs. n.344/03 - prendeva come riferimento per il calcolo dei ricavi solo la voce A1 "*Ricavi delle vendite e delle prestazioni*" dello schema di Conto economico di cui all'art.2425 c.c., con la conseguenza di rendere estremamente difficoltoso il superamento del *test* di vitalità economica per le *c.d. holding* pure,

cioè per quelle società i cui ricavi sono costituiti per la maggior parte da proventi finanziari, contabilizzati nelle voci C15 e C16 del predetto schema di Conto economico. A seguito della riforma fiscale, la norma in questione è stata modificata, eliminando il riferimento alla voce A1 dello schema di Conto economico. Nella versione attuale sono presi in considerazione tutti i proventi della gestione caratteristica delle società le cui perdite si vogliono riportare successivamente alla fusione. Pertanto, come chiarito anche dall'Agenzia delle Entrate¹⁰:



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.

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, sempre che facenti parte dell'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 economico¹¹.

Esempio

Si supponga una fusione per incorporazione, deliberata il 30 aprile dell'anno n, in cui Alfa Srl incorpori Beta Srl. La società incorporata presenta perdite fiscali al 31/12/n per 1.000. I parametri contabili della società Beta Srl sono i seguenti:

	n-3	n-2	n-1
Ricavi e proventi	500	600	300
Spese di lavoro dipendente e relativi contributi	250	300	150

- media ricavi esercizi n-2 e n-3 x 40%: $[(500 + 600)/2] \times 40\% = 220$;

- media spese lavoro dipendente x 40%: $[(250 + 300)/2] \times 40\% = 110$.

In questo caso il *test* di vitalità economica risulta superato in quanto i ricavi e proventi e le spese per lavoro dipendente dell'esercizio precedente alla delibera superano il 40% della media di tali voci del biennio precedente all'esercizio n..

Alcune tipologie di società, come ad esempio quelle 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 Entrate¹² ha avuto modo di precisare che la mancanza assoluta di costi del personale in bilancio "*non è, da sola, sintomo di scarsa vitalità aziendale*", e 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, del DPR n.600/73, per ottenere la disapplicazione della norma antielusiva in esame.

¹⁰ Cfr. R.M. n.143/E/08 e n.183/E/09, quest'ultima, si precisa, riguardante il caso della scissione che però, per effetto del rimando di cui all'art.173, co.10 Tuir, è applicabile anche alla fusione.

¹¹ Cfr. R.M. n.337/E/02.

¹² Cfr. R.M. n.337/E cit..

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 (R.M. n.337/E).

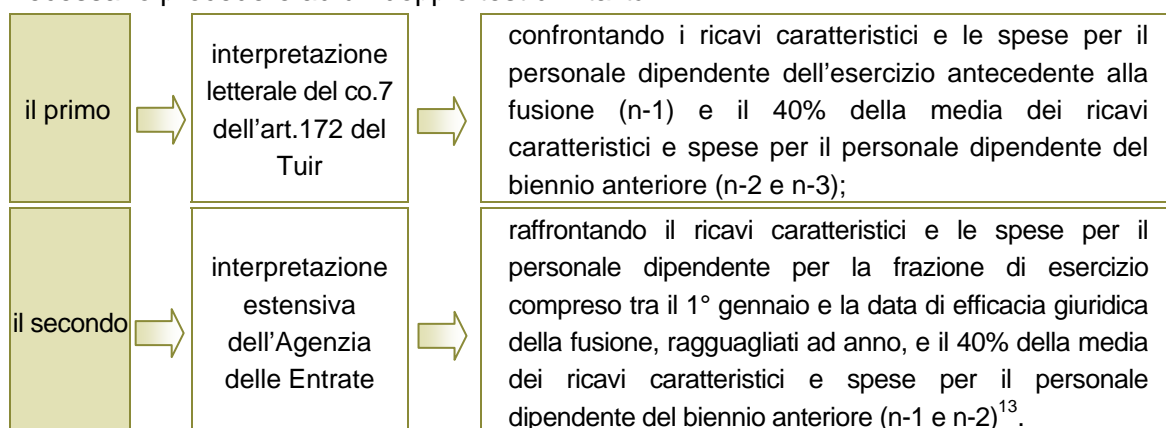
A questo punto è necessario introdurre un tema estremamente dibattuto in riferimento al periodo temporale da assumere per la verifica delle condizioni di vitalità economica delle società partecipanti alla fusione. Secondo il tenore letterale della norma, i dati da prendere in considerazione ai fini del *test* di vitalità economica sono quelli relativi ai conti economici dell'esercizio anteriore alla delibera e dei due anteriori. In particolare, non viene richiesta alcuna verifica in merito ai dati di Conto economico relativi all'esercizio in cui la fusione viene deliberata. Tuttavia, l'Agenzia delle Entrate, con la [R.M. n.116/E/06](#), fornisce 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 pensiero viene ribadito con la successiva [R.M. n.143/E/08](#) e la recente [C.M. n.9/E/10](#), con l'ulteriore precisazione che:

*“il test di vitalità deve risultare verificato anche con riferimento all'intervallo di tempo tra l'inizio del periodo d'imposta e la **data di efficacia giuridica dell'operazione**” e 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 dal 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. In sostanza, secondo il parere dell'Amministrazione Finanziaria, sarebbe necessario procedere ad un doppio test di vitalità:



¹³ L'Assonime (circ. n.31/07), si poneva la domanda se, per questo ulteriore test di vitalità, il dato medio da porre a raffronto fosse sempre quello dei due esercizi anteriori a quello chiuso precedentemente alla data di delibera di fusione, o se, invece, per questo secondo test il biennio di riferimento slitti di un anno (gli ultimi due esercizi anteriori a quello precedente alle predette operazioni). Al riguardo, la C.M. n.9/E/10 ha fornito chiarimenti sulla questione prevedendo che “*ai fini di tale verifica, l'ammontare dei ricavi e dei proventi dell'attività caratteristica e quello delle spese per prestazioni di lavoro relativi a detto periodo di tempo devono essere ragguagliati ad anno, per consentire che il raffronto con la media dei medesimi elementi contabili degli ultimi due esercizi precedenti sia effettuato tra dati omogenei*”.

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 alla chiusura precedente alla fusione.

Esempio

Riprendendo i dati dell'esempio precedente, si supponga che Beta Srl presenti i seguenti dati:

	n- 3	n-2	n-1	1° gen – 30 apr anno n
Ricavi e proventi	500	600	300	50
Spese di lavoro dipendente e relativi contributi	250	300	150	20

- media ricavi esercizi n-1 e n-2 x 40%: $[(300 + 600)/2] \times 40\% = 180$;
- media spese lavoro dipendente x 40%: $[(150 + 300)/2] \times 40\% = 90$;
- ragguglio ad anno dei ricavi della frazione dell'esercizio n: $50 \times 12/4 = 150$;
- ragguglio ad anno delle spese personale dipendente dell'esercizio n: $80 \times 12/4 = 60$.

In tal caso il *test* di vitalità economica non risulta superato in quanto i ricavi e proventi e le spese per lavoro dipendente della frazione di esercizio in cui viene approvata la delibera di fusione, raggugliati ad anno, non superano il 40% della media di tali voci del biennio precedente all'esercizio n, anche se il *test* di vitalità è pienamente superato con riferimento all'esercizio precedente.

L'orientamento in rassegna è stato notevolmente criticato in dottrina. In particolare, Assonime (circolare 31/07) e l'Associazione Italiana Dottori Commercialisti (norma di comportamento 176) ritengono del tutto erronea l'interpretazione estensiva dell'Agenzia delle Entrate in quanto il dato testuale dell'art.172, co.7, del Tuir, non cita la necessità di eseguire il *test* anche sulla frazione di esercizio precedente la data di effetto della fusione. Si aggiunga, inoltre, che l'interpretazione dell'Agenzia delle Entrate:

*"ignora l'influenza della diversa durata dell'ultimo esercizio ed il peso dei fattori stagionali, nonché l'effetto dell'eventuale mutato assetto societario sull'andamento aziendale"*¹⁴.

La stessa Associazione Italiana Dottori Commercialisti evidenzia che le motivazioni addotte dall'Agenzia delle Entrate a sostegno della propria interpretazione, rappresentate dalle maggiori tutele all'erario in termini di contrasto all'elusione, non siano giustificabili posto che l'operazione di fusione è soggetta al controllo antielusivo di cui all'art.37-*bis* del DPR n.600/73, anche se con riferimento ai comportamenti artificiali miranti a manipolare i parametri di vitalità e non alla scelta del momento in cui tali parametri debbano essere verificati.

Limite del Patrimonio netto

Dopo aver verificato il superamento del *test* di vitalità economica, è necessario accertare il limite del *quantum* di perdite pregresse riportabili sulla base del Patrimonio netto della società che ha maturato le perdite.

Infatti, secondo quanto previsto dal co.7 dell'art.172 del Tuir, le perdite di ciascuna società partecipante alla fusione, comprese quelle della società incorporante, possono essere riportate in diminuzione del reddito della società risultante dalla fusione o incorporante per la parte del loro ammontare che non eccede il rispettivo Patrimonio netto risultante dall'ultimo bilancio d'esercizio, ovvero dalla situazione patrimoniale redatta ai sensi dell'art.2501-*quater* c.c., se il Patrimonio netto da essa risultante è inferiore a quello dell'ultimo bilancio.

¹⁴ Cfr. Norma di comportamento n.176 ADC.

Inoltre, per evitare un facile aggiramento della norma mediante l'effettuazione di operazioni di ricapitalizzazione, in vista dell'operazione di fusione, è disposto che, ai fini del computo delle perdite riportabili, il Patrimonio netto deve essere considerato al netto dei conferimenti (sia in denaro che in natura) e dei versamenti effettuati dai soci nei ventiquattro mesi che precedono la data di riferimento della Situazione patrimoniale ex art.2501-*quater* c.c..

Esempio

Si supponga che nella fusione per incorporazione di Beta Srl in Alfa Srl sia stato verificato positivamente il test di vitalità. Si supponga inoltre che Beta Srl presenti i seguenti dati:

- Perdite fiscali risultanti dal bilancio al 31/12/n-1: 1000;
- Patrimonio netto di Beta Srl: 1000;
- Conferimenti e versamenti degli ultimi 24 mesi: 200.

In questo caso il limite massimo delle perdite riportabili è dato: $(1000 - 200) = 800$.

Limite precedenti svalutazioni fiscali sulle partecipazioni

Proseguendo nel nostro *iter* sulla verifica della riportabilità delle perdite ante fusione, abbiamo visto finora che le perdite fiscali che superano il *test* di vitalità possono essere riportate nei periodi d'imposta post fusione per un importo non superiore al Patrimonio netto delle rispettive società, nettato dei conferimenti e versamenti effettuati nei 24 mesi precedenti.

Un'ulteriore verifica da effettuare riguarda il caso in cui le partecipazioni delle società intestatarie delle perdite risultano possedute dalla società incorporante o da altra società che partecipa alla fusione e a fronte di tali partecipazioni sono state effettuate delle svalutazioni fiscalmente rilevanti.

Il terzo periodo del co.7 dell'art.172 del 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 evidente: si vuole evitare una doppia deduzione della perdita, prima attraverso la svalutazione della partecipazione e, successivamente, attraverso la compensazione delle perdite fiscali della ex 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 fusione¹⁵.

¹⁵ “D'altra parte, la disposizione in parola si presta comunque ad un facile aggiramento, inserendo, fra l'impresa che ha proceduto alla svalutazione della partecipazione e la società partecipante alla fusione, un'altra impresa che acquisti la partecipazione dalla prima e la ceda alla seconda. In tal modo viene infatti meno il passaggio diretto individuato dalla norma ai fini dell'estensione della limitazione in parola.” Savioli G., *“Le operazioni di gestione straordinaria”*, Milano, Giuffrè, 2008, pag.304, nota 180.

La norma in rassegna sarà, comunque, destinata a perdere efficacia nel tempo, atteso che, con il D.Lgs. n.344/03 (Riforma 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.

Individuazione delle perdite non riportabili

L'applicazione dei limiti quantitativi sopra descritti potrebbe portare ad una situazione in cui solo una parte delle perdite ante fusione sia riportabile.

In presenza di una stratificazione delle perdite formatesi nei vari anni si pone il problema di individuare quali delle suddette perdite siano da abbandonare. Considerando il vincolo temporale del quinquennio di cui all'art.84 del Tuir, è evidente che la società risultante o incorporante avrà maggiore convenienza ad imputare l'ammontare delle perdite non riportabili a quelle più remote.

Al riguardo, in assenza di specifiche disposizione normative volte a fissare l'ordine cronologico di eliminazione delle perdite pregresse non riportabili, si segnala la presa di posizione dell'ADC di Milano (norma di comportamento n.160) per la quale la scelta di quali perdite ridurre è lasciata alla discrezione del contribuente¹⁶.

In particolare, secondo l'ADC sarebbe possibile imputare le perdite eccedenti i limiti del Patrimonio netto e delle svalutazioni fiscali interamente a riduzione delle perdite più remote, oppure soltanto a quelle soggette al vincolo quinquennale, laddove fossero presenti anche perdite illimitatamente riportabili.

Esempio

Riprendendo i dati dell'esempio precedente, si supponga che le perdite fiscali ante fusione della società incorporata Beta Srl, pari a 1.000, siano state prodotte nei seguenti esercizi:

Anno	n-5	n-4	n-3	n-2	n-1
Perdita	100	100	300	300	200

Dalla verifica dei limiti quantitativi risultano perdite non riportabili per 200.

In questo caso, seguendo l'interpretazione dell'ADC di Milano, le perdite riportabili potranno essere imputate a quelle più remote: 100 dell'esercizio n-5 e 100 dell'esercizio n-4.

Retrodatazione degli effetti fiscali

Per effetto delle modifiche apportate dall'art.35 del D.L. n.223/06, all'art.172, co.7, del Tuir, 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, anche 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, si dovrà procedere ad un ulteriore *test* di vitalità e alla verifica delle limitazioni quantitative come visto in precedenza.

Per quanto riguarda il *test* di vitalità, si pongono le stesse considerazioni viste in precedenza. In particolare, il tenore letterale dell'art.172. co.7, del Tuir non cita la necessità di eseguire il *test* anche sulla frazione di esercizio precedente la data di effetto della fusione.

¹⁶ Autorevole dottrina ritiene, invece, più corretto un criterio di imputazione proporzionale. Cfr. Rebecca G., Zanni M., "Il riporto delle perdite fiscali nelle operazioni straordinarie d'impresa", Il Fisco n.17/10, pagg.2627 e ss..

Di contrario avviso risulta l'Agenzia delle Entrate, la quale, con la C.M. n.9/E citata, continua a rimanere ferma sulla propria posizione, confermando che:

“i requisiti minimi di vitalità economica devono sussistere non solo nel periodo precedente alla fusione...bensì debbono continuare a permanere fino al momento in cui la fusione viene attuata”¹⁷.

Per quanto riguarda il Patrimonio netto con cui confrontare le perdite ante fusione e il risultato negativo della frazione di esercizio precedente la data di effetto della fusione, si ritiene che lo stesso debba essere individuato esclusivamente in quello risultante dal bilancio relativo all'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla data fusione (o se minore dalla Situazione patrimoniale di cui all'art.2501-*quater* c.c.)¹⁸.

Perdite della società incorporante

Le limitazioni fin qui descritte al riporto delle perdite pregresse valgono per tutte le società partecipanti alla fusione, compresa, quindi, anche la società incorporante. Al riguardo, si potrebbe obiettare che, nell'ipotesi in cui una società incorporante assorba una società senza alcuna perdita da riportare, non sia ravvisabile alcun intento elusivo e, quindi, la preclusione all'utilizzo delle proprie perdite pregresse, nel caso di non superamento delle condizioni di vitalità, parrebbe una soluzione eccessivamente stringente.

Tuttavia, è del tutto evidente che, in assenza di tale cautela, il limite al riporto delle perdite di “bare fiscali” avrebbe potuto essere facilmente aggirato mediante operazioni a contrario, facendo cioè assumere la veste di incorporante alla società “depotenziata” e di incorporata alla società interessata ad acquisire il diritto al riporto delle perdite.

¹⁷ Sul punto, la circolare Assonime n.20/10, pag. 61, così si esprime: “La circostanza che la circolare dell’Agenzia abbia assunto questa posizione in via generale e senza distinguere tra operazioni con, o senza, effetto retroattivo, sembra, inoltre, confermare quanto da noi ipotizzato nella citata circolare n. 31 del 2007 in ordine alla necessità di sottoporre ad entrambe le verifiche di vitalità tutte le operazioni di fusione – nei casi, ovviamente, di operazioni attuate in corso di esercizio – a prescindere dalla presenza o meno di una clausola di retroattività”.

¹⁸ Conforme a tale interpretazione Assonime, circolare n.20/10 pagg.61-62.