

La circolare tributaria n. 13/2017

Riporto delle perdite fiscali nelle fusioni: *test* di vitalità e abuso del diritto

di Francesco Facchini - dottore commercialista e revisore legale

La recente sentenza n. 6353/36/2016 della CTR della Lombardia ha stabilito che, nel caso di retrodatazione degli effetti fiscali della fusione, il test di vitalità non 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, contrariamente a quanto sostenuto dall'Amministrazione finanziaria in vari documenti di prassi. Dopo una breve panoramica delle varie posizioni che si sono avvicendate sull'argomento, si procederà ad analizzare la sentenza in parola, con particolare riferimento al rapporto con la disciplina sull'abuso del diritto.

Premessa

Ai sensi dell'[articolo 172](#), comma 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 commercio delle c.d. "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'[articolo 84](#), Tuir) al rispetto di determinati parametri qualitativi e quantitativi in capo alle società cui le perdite stesse si riferiscono.

Requisiti di vitalità economica (*vitality test*)

Limitandoci al c.d. "*vitality test*", l'[articolo 172](#), comma 7, Tuir prevede innanzi tutto che 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% della media degli stessi dati conseguiti nel biennio precedente.

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.

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/2008](#), 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 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/2002](#)) 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 per ottenere la disapplicazione della norma antielusiva in esame.

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/2002](#)).

Riferimento temporale delle condizioni di vitalità economica

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 [risoluzione n. 116/E/2006](#), 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 interpretazione viene ribadita con la successiva [risoluzione n. 143/E/2008](#) e con la [circolare n. 9/E/2010](#), con l'ulteriore precisazione che:

– i requisiti di vitalità economica devono permanere fino alla data di efficacia giuridica della fusione (nella precedente interpretazione dell'Agenzia delle entrate era stato operato un impreciso rinvio al momento della delibera della fusione);

– l'ulteriore raffronto con i dati economici dei due esercizi precedenti deve essere operato anche nel caso di retrodatazione degli effetti fiscali all'inizio dell'esercizio, sebbene in tale evenienza non si generi alcun periodo d'imposta autonomo *ante* fusione;

– ai fini del *vitality test*, l'ammontare dei ricavi e proventi dell'attività caratteristica e delle spese per prestazioni di lavoro, relativi all'intervallo di tempo compreso tra l'inizio del periodo d'imposta e la data di perfezionamento giuridico della fusione, 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.

La [risoluzione n. 143/E/2008](#) tiene conto, in particolare, della modifica normativa, ad opera dell'[articolo 35](#), D.L. 223/2006, che ha introdotto un nuovo periodo alla fine del comma 7 dell'[articolo 172](#), Tuir. La nuova disposizione stabilisce infatti che in caso di retrodatazione degli effetti fiscali della fusione, le limitazioni al riporto delle perdite 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, l'eventuale risultato negativo, relativo alla frazione di esercizio in cui la fusione ha efficacia, potrà essere utilizzato dalla società risultante dalla fusione, insieme alle perdite degli esercizi precedenti, solo se risultano soddisfatti i limiti previsti al riporto delle perdite, tra cui il *vitality test*.

L'interpretazione estensiva della norma, da parte dell'Agenzia delle entrate, ha lo scopo di evitare che la disposizione 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:

– il primo (interpretazione letterale del comma 7 dell'[articolo 172](#), Tuir) confrontando i ricavi caratteristici e le spese per il personale dipendente dell'esercizio antecedente alla fusione (n-1) e il 40% della media dei ricavi caratteristici e spese per il personale dipendente del biennio anteriore (n-2 e n-3);

– il secondo (interpretazione estensiva dell'Agenzia delle entrate) raffrontando il ricavi caratteristici e le spese per il personale dipendente per la frazione di esercizio compreso tra il 1° gennaio e la data di efficacia giuridica della fusione, ragguagliati ad anno, e il 40% della media dei ricavi caratteristici e spese per il personale dipendente del biennio anteriore (n-1 e n-2).

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 (compreso l'eventuale risultato negativo della frazione d'esercizio in cui la fusione ha efficacia), 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° gennaio - 30 aprile 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.

Critiche da parte di Assonime e Aidc

L'indirizzo interpretativo dell'Agenzia delle entrate è stato notevolmente criticato in dottrina. In particolare, Assonime (circolare 31/2007) e l'Associazione Italiana dottori commercialisti (norma di comportamento n. 176) ritengono del tutto erronea l'interpretazione estensiva dell'Agenzia delle entrate in quanto il dato testuale dell'[articolo 172](#), comma 7, 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"¹.

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

¹ Cfr. Norma di comportamento n. 176 Aidc.

controllo antielusivo di cui all'[articolo 37-bis](#), D.P.R. 600/1973, anche se con riferimento ai comportamenti artificiosi miranti a manipolare i parametri di vitalità e non alla scelta del momento in cui tali parametri debbano essere verificati.

Sentenza CTR Lombardia n. 6353/36/2016

Sull'argomento è recentemente intervenuta la CTR della Lombardia, con la sentenza n. 6353/36/2016, affermando, contrariamente a quanto sostenuto dall'Agenzia delle entrate, che il *test* di vitalità non deve risultare verificato anche con riferimento all'intervallo di tempo tra l'inizio del periodo di imposta e la data di efficacia giuridica della fusione.

Nel caso in specie, i verificatori contestavano in capo all'incorporante l'indebito riporto delle perdite fiscali generate dalla società incorporata, in quanto non risultavano soddisfatti i requisiti di vitalità con riferimento alla frazione di esercizio compresa tra la data di retrodatazione degli effetti contabili e fiscali della fusione e la data di efficacia giuridica della stessa. In particolare, secondo l'Agenzia delle entrate, nel periodo antecedente alla fusione, erano state poste, dalla società controllata, operazioni tali da depotenziare la società.

La società incorporante sosteneva, al contrario, che i requisiti di vitalità risultavano soddisfatti con riferimento all'esercizio precedente a quello in cui era stata deliberata la fusione.

I giudici di seconde cure, confermando la sentenza di primo grado a favore del contribuente, affermano che l'interpretazione corretta dell'[articolo 172](#), comma 7, Tuir, in merito al limite delle condizioni di vitalità, è quella "letterale" e, pertanto, la verifica della sussistenza degli indici di vitalità della società fusa deve limitarsi solo all'esercizio precedente la fusione.

Pertanto, nel caso in cui l'Amministrazione finanziaria avesse voluto colpire il presunto comportamento elusivo dell'incorporata nell'*interim period*, avrebbe dovuto sanzionare la società sulla base della vigente disciplina anti-elusiva.

La sentenza in esame offre quindi due interessanti profili interpretativi. Da una parte, infatti, smentisce la storica interpretazione estensiva dell'Amministrazione finanziaria in merito al mantenimento dei requisiti di vitalità fino alla data di efficacia giuridica della fusione.

Dall'altra parte, vengono fornite precise indicazioni sul corretto inquadramento tra l'articolo 172, comma 7, Tuir, e la disciplina anti-abuso.

In particolare, nell'ipotesi in cui una società partecipante ad una fusione soddisfi i requisiti di vitalità relativi all'esercizio precedente la data di efficacia della fusione e non risulti invece "vitale" nell'*interim*

period, spetterà all'Amministrazione l'onere di provare la condotta abusiva della società in tale ultimo periodo.

Viceversa, nel caso in cui il *test* di vitalità non risulti superato con riferimento al periodo precedente al perfezionamento della fusione, le perdite pregresse, compreso l'eventuale risultato negativo della frazione di esercizio antecedente la data di efficacia giuridica della fusione, non potranno essere riportate dalla società incorporante, salvo il caso in cui si ottenga parere favorevole all'istanza di interpello disapplicativo².

In conclusione, si ritiene auspicabile la conferma della sentenza in esame da parte dei giudici di legittimità al fine di indurre l'Agenzia delle entrate a rivedere la propria posizione in merito.



DOTTRYNA
Euroconference

La soluzione ai tuoi casi,
sempre a portata di mano.

Adempimenti, fonti e aggiornamento
quotidiano a tre clic da te.

richiedi la prova gratuita per 30 giorni >

² Ai sensi dell'articolo 11, comma 2, L. 212/2000, "Il contribuente interpella l'Amministrazione finanziaria per la disapplicazione di norme tributarie che, allo scopo di contrastare comportamenti elusivi, limitano deduzioni, detrazioni, crediti d'imposta, o altre posizioni soggettive del soggetto passivo altrimenti ammesse dall'ordinamento tributario, fornendo la dimostrazione che nella particolare fattispecie tali effetti elusivi non possono verificarsi".