

PRIMO PIANO

Dirette

OPERAZIONI STRAORDINARIE

RIPORTO delle PERDITE FISCALI in CASO di FUSIONE

di Emanuele Rossi

Con la R.M. 10.4.2008, n. 143/E, la Direzione Centrale Normativa e Contenzioso dell'Agencia delle Entrate fornisce i criteri da seguire nell'applicare il **test di vitalità** ai fini del **riporto delle perdite fiscali nelle operazioni di fusione**.

Nella Risoluzione, oltre a chiarire il concetto di ricavo e provento caratteristico **fiscalmente rilevante**, cui le holding di partecipazione devono fare riferimento per la **verifica dei requisiti di operatività**, l'Agencia ribadisce il fatto che un'eventuale **assenza** di costi per personale dipendente, nel Conto economico di una o più società partecipanti alla fusione, non è elemento di per sé idoneo ad individuare la presenza di una «**bara fiscale**».

Ancora, viene chiarito quale sia il criterio da seguire nell'applicare il **test di vitalità**, quando **oggetto del riporto in avanti** siano **perdite fiscali in fieri**, ovvero siano perdite fiscali che le società partecipanti alla fusione hanno conseguito, in modo autonomo, (1) nel periodo che va dalla data da cui decorrono gli effetti fiscali della fusione, a quella da cui decorrono gli effetti giuridici della medesima, le quali rientrano nel campo di azione dell'art. 172, co. 7, D.P.R. 917/1986 [CFF ② 5272], a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 35, co. 17, D.L. 4.7.2006,

n. 223, conv. con modif. dalla L. 4.8.2006, n. 248.

FATTISPECIE

Con istanza di interpello, la Alfa S.r.l., società risultante da un'operazione di fusione realizzata nel corso del 2007, ha chiesto chiarimenti in merito ad alcuni dubbi sorti in sede di applicazione del test di vitalità previsto dal co. 7, dell'art. 172, D.P.R. 917/1986. (2)

La verifica dei requisiti di vitalità economica deve essere effettuata anche per il periodo che va dall'inizio dell'esercizio alla data di efficacia dell'operazione

La fusione in questione ha avuto effetti giuridici con l'ultima delle iscrizioni nel Registro delle imprese in data 28.8.2007, mentre ai **fini fiscali** è stata prevista la **retrodatazione** degli **effetti** all'**1.1.2007**.

Premesso che la **società incorporante**, prima dell'**operazione**, svolgeva **attività di holding** di

partecipazioni sotto la denominazione di Kappa S.r.l., e che **dopo l'operazione**, sotto la nuova denominazione Alfa S.r.l., ha variato l'oggetto sociale da holding di partecipazione ad **attività immobiliare**, si tralascia volontariamente la disamina delle valide ragioni economiche esposte nell'interpello, in base alle quali Kappa ha proceduto all'**incorporazione delle due società controllate** Alfa S.r.l. unipersonale e Beta S.r.l. unipersonale, per concentrarsi sulle risposte fornite dall'Agencia ai tre dubbi sollevati dalla società istante, di seguito riepilogati:

1. quale sia il **criterio** da seguire nell'applicare il **test di vitalità**, quando oggetto di riporto in avanti siano **perdite fiscali delle società partecipanti**, (3) relative al periodo che va dall'inizio del periodo d'imposta da cui decorrono gli **effetti fiscali** della **fusione** alla data di **efficacia giuridica** dell'**operazione** medesima;
2. la possibilità di considerare, ai fini della verifica dei **requisiti di vitalità**, non solo i ricavi e i proventi di cui alle voci A1 e A5 del Conto economico di cui all'art. 2425 c.c., ma anche, per la sola **società incorporante**, i proventi di natura finanziaria di cui alle voci C15 e C16, caratteristici delle **so-**

(1) Vale a dire a prescindere da un'eventuale opzione per la retrodatazione degli effetti contabili e fiscali.

(2) Il cui superamento, ricordiamo, è necessario ai fini del riporto in avanti delle perdite fiscali pregresse portate in dote dalle singole società partecipanti all'operazione.

(3) Ricordiamo, generate autonomamente.

cietà holding;

3. il peso che ha un'eventuale **assenza di costi del personale**, sia nell'incorporante, che nella/e incorporata/e, ai fini del **superamento del test di vitalità**. In particolare, la società istante ipotizza una irrilevanza di tale assenza, in quanto da sola questa non è indice di alcun depotenziamento aziendale.

PARERE dell'AGENZIA delle ENTRATE

Tralasciando la problematica di cui al punto 1, di cui ci si occuperà meglio *infra*, le soluzioni interpretative prospettate dal contribuente per i dubbi di cui ai punti 2 e 3 hanno trovato sostanzialmente d'accordo l'Agenzia.

In riferimento ai **ricavi** e proventi caratteristici da considerare nell'applicazione del test, l'Agenzia chiarisce che le **holding di partecipazione** devono trascendere dalla **riclassificazione** di Conto economico prevista dall'art. 2425 c.c., e fare riferimento alla **sostanza economica** della situazione specifica.

In forza di ciò, per tali società i proventi finanziari di cui alle voci C15 e C16, sono riconducibili *in toto* all'attività caratteristica e, quindi, vanno considerati ai fini del calcolo del test di vitalità.

Questo chiarimento è molto utile agli operatori. Nella prassi aziendale, infatti, sono molto diffuse **operazioni di riorganizzazione aziendale** volte all'accorciamento della catena di controllo, dove la holding «pura» procede ad incorporare una o più società controllate operative.

Semmai, ci si chiede se tale interpretazione fornita dall'Agenzia valga anche per il riporto in avanti degli interessi indeducibili

di cui al co. 4, dell'art. 96, D.P.R. 917/1986 [CFF ② 5196].

Come noto, il co. 33, dell'art. 1, L. 244/2007 (Finanziaria 2008), ha inserito, in chiave antielusiva, un ultimo periodo al co. 7, dell'art. 172, D.P.R. 917/1986 [CFF ② 5272], in base al quale anche gli **interessi passivi indeducibili** oggetto di riporto in avanti nelle società partecipanti ad una operazione di fusione, devono essere sottoposti al test di vitalità previsto per il riporto delle perdite fiscali.

Orbene, visto che tale ultimo periodo prevede espressamente che «*le disposizioni del presente comma si applicano anche agli interessi indeducibili (...)»*», sembra pacifico che anche per il riporto degli interessi indeducibili, le società holding partecipanti ad una operazione di fusione possano fare riferimento, nell'applicazione del test di vitalità, ai ricavi e proventi e delle voci A1 e A5 e delle voci C15 e C16 del Conto economico.

Passando alla rilevanza o meno, ai fini del superamento del test di operatività, dell'assenza del **costo del personale dipendente** nelle voci di Conto economico delle società partecipanti alla fusione, l'Agenzia, consolidando l'orientamento precedentemente espresso con la R.M. 29.10.2002, n. 337/E, ha confermato il fatto che tale **circostanza**, soprattutto in riferimento ad una **società holding**, non costituisce di per sé **sintomo di scarsa vitalità aziendale**.

Ma veniamo al primo dubbio avanzato dalla società istante nell'interpello, ovvero al **criterio** da seguire nell'**applicazione del test di vitalità**, per quanto riguarda le **perdite fiscali in fieri**, che le società partecipanti hanno conseguito in **modo autonomo**, tra la data

di **inizio degli effetti della retrodatazione fiscale della fusione e la data di efficacia giuridica dell'operazione** medesima.

Prima di ciò, si ritiene opportuno ripercorrere sinteticamente il trattamento che il Legislatore riserva alle perdite fiscali all'interno del D.P.R. 917/1986, ed, in particolare, i requisiti necessari per il riporto di queste a seguito delle operazioni di fusione.

RIPORTO delle PERDITE FISCALI PREGRESSE – REQUISITI

Come noto, l'art. 84, D.P.R. 917/1986 [CFF ② 5184] consente il **riporto in avanti delle perdite fiscali pregresse**, nei limiti di **cinque anni** da quando queste si sono verificate. Tale limite **non** si applica alle perdite generate nei **primi tre periodi d'imposta**.

In tale caso, infatti, le **perdite** sono **riportabili senza limiti** di tempo, a patto che siano: ⁽⁴⁾

- state realizzate da una **società neocostituita**;
- relative ad una **nuova attività produttiva**.

In chiave antielusiva, poi, il co. 3 dello stesso articolo, prevede che il riporto in avanti delle stesse non operi quando abbia avuto luogo un **trasferimento**, nello stesso periodo d'imposta, nei **due precedenti** o nei **due successivi**, della **maggioranza delle azioni** aventi il diritto di voto nelle Assemblee ordinarie del soggetto che le riporta. Anche qui, però, vi è un'esimente; infatti tale **impedimento** non opera se la **partecipazione di maggioranza trasferita** si riferisce ad una società che rispetta contestualmente, nel biennio precedente, due **requisiti di operatività**:

- un **numero di dipendenti** mai **inferiori a dieci**;

(4) *Disposizione introdotta a seguito dell'entrata in vigore del D.L. 4.7.2006, n. 223.*

- un **ammontare di ricavi e proventi** dell'attività caratteristica e di spese per **prestazioni di lavoro subordinato**, risultanti dal **Conto economico** dell'esercizio precedente a quello del **trasferimento delle azioni**, superiore al **40%** di quello risultante dalla **media dei due esercizi anteriori**.

Quanto detto riguarda la **disciplina ordinaria di riporto delle perdite fiscali pregresse**, in **assenza** di operazioni di **fusione** o di **scissione**.⁽⁵⁾

Quando, al contrario, una società che riporta delle perdite viene coinvolta, come nel caso in esame, in un'operazione di fusione, a quello dell'art. 84, D.P.R. 917/1986 [CFF ② 5184], si affianca il disposto del co. 7, dell'art. 172, D.P.R. 917/1986 [CFF ② 5272].

Tale comma sancisce che le **perdite delle società** che partecipano all'operazione di **fusione** possono essere portate ad **abbattimento del reddito** della società risultante dall'operazione medesima:

- 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 c.c., senza tener conto dei **conferimenti** e dei **versamenti** effettuati negli ultimi **ventiquattro mesi** anteriori alla data cui si riferisce la situazione;
- e sempre che dal **Conto economico**, relativo all'**esercizio precedente** a quello in cui la fusione è stata deliberata, risulti un ammontare di **ricavi e proventi** dell'attività caratteristica e di spese per **presta-**

zioni di lavoro subordinato, superiore al 40% di quello risultante dalla media dei **due esercizi anteriori**.

Come già evidenziato *supra*, l'art. 35, D.L. 223/2006, conv. con modif. dalla L. 248/2006, in caso di retrodatazione degli effetti fiscali, ha esteso l'applicazione del test di operatività previsto dal citato co. 7, dell'art. 172, D.P.R. 917/1986, **anche al riporto del risultato negativo**, determinabile con le regole ordinarie, che si sarebbe generato in modo autonomo in capo ai soggetti che partecipano alla **fusione**, in relazione al **periodo** che intercorre tra l'**inizio** del periodo d'imposta e la **data** antecedente a quella di **efficacia giuridica dell'operazione** medesima.

L'Agenzia delle Entrate, con la R.M. n. 143/E/2008, si occupa proprio di tale problematica.

Il dubbio avanzato dall'istante verteva su quali ricavi e proventi dovessero essere presi in considerazione ai fini del calcolo.

In particolare, la soluzione prospettata dallo stesso prevedeva che dovessero essere presi in considerazione i **ricavi e proventi** al 31.12.2006, confrontati con il 40% della media di quelli del biennio precedente, ciò non solo ai fini del riporto delle perdite pregresse al 31.12.2006, ma anche di quelle generatesi nel periodo compreso tra l'1.1.2007 e la data in cui ha avuto effetto la fusione.

L'Agenzia, prendendo spunto da quanto già evidenziato con la C.M. 4.8.2006, n. 28/E, **non ha avallato** l'interpretazione fornita dal contribuente, in quanto ritenuta in **contrasto** con il **principio antielusivo** alla base della

norma in questione.

Se intento del Legislatore, con l'entrata in vigore del citato art. 35, co. 17, D.L. 223/2006, conv. con modif. dalla L. 248/2006, era quello di monitorare eventuali **depotenziamenti** aziendali **sospetti**, relativi all'anno nel quale la fusione viene deliberata, non ha senso prendere a riferimento i **ricavi e proventi** relativi all'annualità precedente.

L'Agenzia afferma che, sulla base del dato letterale della norma, ai fini di tale verifica, i **dati** da prendere in considerazione sono l'**ammontare dei ricavi e dei proventi** dell'attività caratteristica e delle **spese per prestazioni di lavoro** relativi all'intervallo che va dalla **data** da cui decorrono gli **effetti fiscali** della **fusione**, a quella da cui decorrono gli **effetti giuridici** della medesima, i quali devono essere ragguagliati 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**.

In conclusione, in caso di **fusione** con efficacia giuridica nell'anno *n*, occorre **ragguagliare ad anno** i **ricavi e proventi** caratteristici e le **spese** per prestazioni di **lavoro dipendente** (della società che riporta le perdite da prima della fusione) relativi a tale annualità e confrontare il risultato così ottenuto con il 40% della **media** degli stessi elementi, relativi agli anni *n-1* e *n-2*; nel caso in cui il delta sia positivo, e sia rispettato anche l'altro vincolo del patrimonio netto, la **perdita fiscale** relativa al periodo in questione è **riportabile** dalla **società** risultante dalla **fusione**.

(5) *Stante il richiamo che il co. 10, dell'art. 173, D.P.R. 917/1986 [CFF ② 5273], fa del co. 7, dell'art. 172, D.P.R. 917/1986 [CFF ② 5272].*