Esternalizzazioni fuori dal test di vitalità

Cassazione

Non rilevanti ai fini del conteggio delle spese per lavoro dipendente

Per il test di vitalità effettuato per il riporto perdite delle fusioni i costi per servizi esternalizzati "sostitutivi" dei dipendenti non rilevano ai fini del conteggio delle spese per il lavoro dipendente. Per il limite patrimoniale il confronto con la perdita va fatto col minore fra il patrimonio netto dell'ultimo bilancio o della situazione patrimoniale ex articolo 2501-quater del Codice civile, ma sterilizzando in primis i versamenti degli ultimi 24 mesi. Questa la sentenza di Cassazione n. 1035 del 16 gennaio 2023.

L'articolo 172, comma 7, del Tuir è una norma antielusiva introdotta per evitare che attraverso la fusione si verifichi un commercio di bare fiscali. Ovvero che l'unica finalità della fusione sia quella di sfruttare la "dote" delle perdite in seno alla società incorporata. Così è stabilito che le perdite nella fusione possono essere portate in diminuzione:

- 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 ex articolo 2501-quater del Codice civile, senza tener conto dei conferimenti e versamenti fatti negli ultimi ventiquattro mesi anteriori alla data cui si riferisce la situazione stessa (vincolo patrimoniale);
- sempre che dal conto economico della società le cui perdite sono riportabili, relativo all'esercizio precedente a quello in cui la fusione è stata deliberata, risulti un ammontare di ricavi e proventi dell'attività caratteristica, e un ammontare delle spese per prestazioni di lavoro subordinato e relativi contributi, di cui all'articolo 2425 del Codice civile, superiore al 40% di quello risultante dalla media degli ultimi due esercizi anteriori (test di vitalità).

Su questo secondo punto il passo indietro compiuto dalla Cassazione appare notevole. Perché per i giudici la norma va intesa letteralmente laddove fa riferimento alle spese per prestazioni di lavoro subordinato e relativi contributi, il che comporterebbe che il ricorso a servizi esterni, tali da sostituire la manodopera, non consentirebbero di integrare il presupposto del test di vitalità. La conclusione lascia perplessi. Infatti, che si possa alternativamente operare con personale proprio (costi B9 del conto economico) o ricorrendo a soggetti terzi (costi B7 del conto economico) è un principio ormai assodato anche per l'Amministrazione finanziaria. Ciò è stato confermato di recente in primis dalla circolare 6/E/16 sulle operazioni di Mlbo (merger leveraged buy out) e, di recente, nelle risposte n. 57 e 101 del 2020 su operazioni di Mlbo e nella risposta 75/2022 in relazione a una Spac. La Cassazione lascia comunque uno spiraglio aperto quando si riferisce alle strutture di holding, affermando che comunque il contribuente ha sempre la possibilità di dimostrare la genuinità dell'operazione mediante l'interpello disapplicativo. Non resta, quindi, che trarne l'insegnamento di presentare tale interpello e motivare bene l'eventuale mancato superamento del vitality test. Peraltro in operazioni tipo Mlbo e Spac la problematica non dovrebbe sussistere in quanto tale mancato superamento è insito nelle caratteristiche anche finanziarie di queste operazioni.

> **Confronto tra patrimoni netti subito decurtati dei versamenti degli ultimi 24 mesi**

Venendo al limite patrimoniale la Cassazione dà un'interpretazione interessante. Ovvero afferma che prima occorre sterilizzare il patrimonio netto dell'ultimo bilancio o della situazione patrimoniale ex articolo 2501-quater dl Codice civile dei versamenti effettuati negli ultimi 24 mesi. Una volta fatto ciò si prende l'importo minore e quello costituirà il vincolo patrimoniale per il riporto delle perdite. Viene quindi sconfessato il contribuente che aveva calcolato il minore fra i due come importo lordo. E a quel punto poiché il minore era il patrimonio netto risultante dalla situazione patrimoniale ad hoc, riferita ad una data di 28 mesi successiva rispetto agli ultimi conferimenti, non aveva decurtato in base a questi il patrimonio di tale situazione patrimoniale. Mentre operando come indicato dalla Cassazione il limite patrimoniale è dato dall'ultimo bilancio, che poi va sterilizzato dei conferimenti in questione. E l'importo di confronto è quindi minore. Se ne ricava che nell'ambito della pianificazione di operazioni di fusione questa lettura andrà tenuta in debita considerazione.

—**A.Ge.**

© RIPRODUZIONE RISERVATA