Risposte a interpelli n. 416 del 15 ottobre 2019, n. 527 del 13 dicembre 2019, n. 529 del 16 dicembre 2019
Art. 172, comma 7, del Tuir

Alessandro Germani
Dottore commercialista, Partner GDC Corporate & Tax

Fusioni: riporto delle perdite fiscali sempre consentito se vi sono elementi "sostanziali"

L'Agenzia delle entrate, già con le risposte a interpelli nn. 93 e 94 del 5 dicembre 2018, aveva individuato il concetto di patrimonio espresso in termini reali per consentire il riporto delle posizioni soggettive nell'ambito delle operazioni di fusione, nelle quali si chiedeva la disapplicazione della disciplina antielusiva di cui all'art. 172, comma 7, del Tuir. Nel solco di questa tendenza è anche la recente **risposta n. 527 del 13 dicembre 2019**, nella quale le **perdite fiscali di cui si chiede il riporto** sono **confrontate con il prezzo di acquisto delle partecipazioni** che sono poi **oggetto di fusione**. Questo **approccio sostanzialistico** è stato oggetto di **altre risposte positive nel corso del 2019**, nelle quali **l'Agenzia è entrata nel merito della composizione contabile dell'attivo dello stato patrimoniale** delle società coinvolte nell'operazione. Ciò a testimonianza di un approccio volto a entrare nel merito delle situazioni onde consentire il riporto delle perdite laddove appaia che la fusione non è finalizzata ad addivenire a una mera compensazione intersoggettiva delle perdite.

I limiti al riporto delle perdite nelle operazioni di fusione

Nell'ambito delle operazioni di fusione, il riporto delle perdite fiscali è soggetto a delle limitazioni particolari, in quanto il legislatore si preoccupa di **evitare il fenomeno del commercio delle cd. "bare fiscali"**, ovvero il fatto che l'operazione di fusione sia posta in essere al solo scopo di ottenere la compensazione intersoggettiva delle perdite che, in assenza di fusione, non sarebbe consentita per via della mancanza di redditività della società. Ciò è sancito dall'**art. 172, comma 7, del Tuir**.

Occorre tuttavia considerare che la stessa logica può riguardare altre posizioni soggettive, quali gli interessi passivi indeducibili (di cui all'art. 96, comma 4, del Tuir) e l'eccedenza Ace (di cui all'art. 1, comma 4, del D.L. 6 dicembre 2011, n. 201). Con riferimento a quest'ultima, per inciso, si segnala che l'Ace torna a essere un istituto previsto dal sistema fiscale nazionale, in quanto reintrodotto, di fatto dal 2019, quindi come se la sua abrogazione non fosse mai avvenuta, dalla recente legge di bilancio per il 2020 [1].

La *ratio* sottostante ai citati casi è quella volta a **contrastare quelle operazioni poste in essere al solo scopo di sfruttare, in capo al soggetto avente causa dall'operazione di fusione, le perdite fiscali, gli interessi passivi indeducibili o le eccedenze Ace**.

Di fatto, le **limitazioni** che l'art. 172, comma 7, prescrive per il riporto delle perdite, degli interessi passivi indeducibili e delle eccedenze Ace sono legate:

- alla "vitalità" delle società partecipanti alla fusione;
- al patrimonio netto contabile delle stesse società partecipanti [2].

Quanto al cosiddetto "**test di vitalità**", esso prevede che le perdite fiscali non possano essere riportate, se nel conto economico delle società che partecipano alla fusione relativo all'esercizio precedente a quello in cui la fusione viene deliberata si registra un ammontare di ricavi e proventi dell'attività caratteristica e un ammontare di spese per lavoro subordinato e relativi contributi inferiore al 40% della media dei due esercizi precedenti. Entrambi i parametri sono

1. *Si veda, al riguardo, il comma 287, rubricato "Incentivo generale per la patrimonializzazione delle imprese", dell'art. 1 della legge n. 160 del 27 dicembre 2019, pubblicata nel supplemento ordinario della Gazzetta Ufficiale del 30 dicembre 2019.*

2. *Esiste invero anche una terza limitazione relativa alla circostanza per cui una società che partecipa alla fusione abbia svalutato con effetto fiscale la partecipazione in un'altra società che partecipa all'operazione, nel qual caso le perdite fiscali non sono riportabili nel limite della svalutazione dedotta. Questa norma ha ormai un'applicazione assai limitata, in quanto, a partire dal 2003, le svalutazioni delle partecipazioni che rispondono ai requisiti Pex sono fiscalmente indeducibili.*

assunti in base al dato di bilancio, non rilevando gli importi imponibili o deducibili ai fini fiscali.

Quanto invece al cosiddetto "**limite del patrimonio netto**", si avrà che le perdite fiscali delle società che superano il *test* di vitalità sono riportabili nel limite del patrimonio netto contabile risultante dall'ultimo bilancio o, se inferiore, dalla situazione patrimoniale straordinaria redatta ai sensi dell'art. 2501-*quater* c.c. In entrambi i casi, non si tiene conto dei versamenti e dei conferimenti effettuati nei 24 mesi anteriori alla data di riferimento del bilancio o della situazione patrimoniale[3].

I precedenti del 2018

L'**approccio sostanzialistico da parte dell'Agenzia delle Entrate** nel consentire o meno il riporto delle perdite fiscali e, più in generale, delle posizioni soggettive è già stato oggetto di alcune pronunce del 2018. Ci si riferisce, in particolare, alle **risposte n. 93 e 94 del 5 dicembre 2018**.

La prima risposta riguardava una fusione fra banche, nella quale l'incorporata presentava perdite fiscali ed eccedenze Ace riportabili, a differenza dell'incorporante, superando il test di vitalità, ma non il limite patrimoniale. L'Agenzia ha acconsentito alla disapplicazione di quest'ultimo, in considerazione del fatto che l'incorporata non è una società priva di capacità produttiva, con costante presenza sul territorio, adeguati costi del personale e ricavi derivanti dalla gestione caratteristica riconducibili sostanzialmente all'operato del predetto personale. Il tutto dimostrato attraverso una serie di indicatori tipici dell'attività bancaria, quali le commissioni attive, il margine di interesse, la raccolta diretta presso la clientela. Inoltre dall'applicazione del principio internazionale Ifrs 3 nella redazione del primo bilancio successivo alla fusione è emerso un valore di mercato complessivo dell'incorporata maggiore rispetto a quello contabile, per via del *fair valu*e dei crediti *in bonis* della società.

La risposta n. 94 riguardava invece l'incorporazione di una società *holding*, che, in quanto tale, non superava il test di vitalità, sebbene rispettasse il limite patrimoniale. L'Agenzia ha tuttavia apprezzato il fatto che la società, nella sua esistenza, avesse sempre provveduto a distribuire dividendi alla propria controllante e ha giustificato l'assenza di costi di lavoro dipendente con la peculiarità di Y quale *holding* di partecipazione. Inoltre l'Agenzia ha evidenziato che il valore economico della partecipazione in Z Usa fosse di gran lunga superiore alla posizione soggettiva di cui si chiedeva il riporto.

Le risposte agli interpelli del 2019

Nel solco di quanto già argomentato nelle due risposte del 2018 sopra riportate, l'Agenzia, anche nel corso del 2019, ha pubblicato altre risposte, nelle quali ha dimostrato di **valutare positivamente alcuni elementi sostanziali che emergono dall'analisi degli interpelli** sottoposti al suo vaglio.

La risposta n. 416 del 15 ottobre 2019

Tale risposta ha riguardato il caso di una fusione fra due società che hanno come attività principale la gestione di impianti sportivi e secondaria la gestione di ristorante e bar. L'incorporante supera sia il test di vitalità, sia il limite patrimoniale, mentre l'incorporata supera il primo, ma non anche il secondo. In particolare, infatti, l'ammontare del patrimonio netto dell'incorporata è inferiore rispetto all'ammontare delle perdite fiscali pregresse e degli interessi passivi della medesima.

L'Agenzia comunque, nel formulare la propria risposta, dimostra di **andare oltre il mero dato numerico cercando di apprezzare la realtà sottostante** e verificando, in particolare, se vi sia un depotenziamento della società incorporata oppure se tale evento possa considerarsi scongiurato.

In particolare, considerati:

- la serie storica dei ricavi della gestione caratteristica, posto che i ricavi registrati nel periodo "interinale" non possono ritenersi rappresentativi della capacità reddituale della società, avendo l'attività d'impresa carattere stagionale e posto che la frazione di esercizio presa in considerazione è di "bassa stagione";
- la composizione qualitativa e quantitativa dell'attivo patrimoniale, prevalentemente investito in beni strumentali; inoltre si evidenzia anche la prevalenza delle immobilizzazioni materiali rispetto alle

3. *Per alcuni esempi in grado di dimostrare l'applicazione pratica del test di vitalità e del limite patrimoniale, sia consentito rinviare ad A. Germani, "Il patrimonio netto espresso in termini reali nella disciplina antielusiva", su questa stessa rivista n. 1/2019, pag. 50.*

altre componenti attive (rimanenze, liquidità e crediti);
› la circostanza che, come si evince dalla visura camerale di Beta, la società ha impiegato, nel corso dell'esercizio 2017, nel quale ha avuto efficacia giuridica la fusione, mediamente un numero di dipendenti che esprime un dato in linea con quello dei precedenti esercizi,

tutto ciò consente di pervenire alla disapplicazione dei limiti al riporto delle perdite e degli interessi passivi in capo a Beta, non essendo la medesima società incorporata qualificabile come società priva di capacità produttiva.

La risposta n. 527 del 13 dicembre 2019

La pronuncia riguarda quattro società attive nel *business* della gestione di centri di *fitness*, con Alfa volta principalmente a fornire servizi a favore delle altre tre società, mentre Beta, Gamma e Delta gestiscono ciascuna un determinato centro di *fitness*.

Il 100% del capitale di queste società è stato ceduto da una società residente in Germania a una residente in Austria, in base a un prezzo complessivo pari a 2,5 milioni di euro, che appare espressione del prezzo di mercato delle partecipazioni, in quanto è stato confermato dai risultati di una perizia di stima. La stessa infatti, presentata nell'ambito della documentazione integrativa all'interpello, è pervenuta, nella sostanza, agli stessi valori ai quali le quote in questione sono state oggetto di compravendita. Ciò in base al metodo reddituale puro, con un orizzonte temporale che è stato individuato in 9 anni (per Beta e Alfa), 8 anni (per Gamma) e 7 anni (per Delta)[4].

È stata quindi pianificata un'operazione di fusione per incorporazione di Beta, Gamma e Delta in Alfa, che è finalizzata ai seguenti scopi:
› la riduzione dei costi di gestione passando da 4 entità a una sola, con evidenti effetti in termini di economie di scala;
› il miglioramento della solidità patrimoniale e finanziaria, intesa, da un lato, come accesso alle forme di finanziamento e, dall'altro, come miglioramento del patrimonio netto dell'incorporante;
› l'unificazione della strategia di *marketing*, personale, approvvigionamento e gestione delle attrezzature nei vari centri.

Le quattro società presentano perdite fiscali al 31 dicembre 2018, in virtù delle quali viene presentato l'interpello disapplicativo. Oltre a ciò, anche nel periodo che intercorre fra l'inizio dell'esercizio (1° gennaio 2019) e la data dell'assemblea di approvazione dell'operazione (12 settembre 2019) le quattro società presentano perdite fiscali. Tuttavia le quattro società superano il test di vitalità per ciò che concerne le suddette perdite fiscali.

Quanto invece al limite patrimoniale, esso non è superato per le società Alfa, Beta e Gamma, in quanto le perdite fiscali riportabili sono superiori al relativo patrimonio. Invece, per ciò che concerne Delta, il patrimonio netto al 31 dicembre 2018 è superiore alle relative perdite, motivo per cui, per questa società, sarebbero integrati sia il test di vitalità, sia il limite patrimoniale per la disapplicazione del limite al riporto delle perdite fiscali. Invece, per le altre 3 società, si evidenzia il dato delle perdite riportabili, che è superiore al corrispettivo di cessione delle quote. Questo, a sua volta, risulta di fatto allineato al valore di mercato delle stesse.

La società, per motivare la disapplicazione del limite patrimoniale e la liceità del riporto delle perdite nell'ambito della fusione prospettata, ha addotto quale fattore la circostanza che l'assenza di redditi della singola società possa essere superata attraverso la fusione. Inoltre argomenta che, nel caso specifico, il prezzo di cessione delle quote è ampiamente superiore al patrimonio netto delle società oggetto di compravendita. Infatti, a fronte di un prezzo di complessivi 2,5 milioni di euro, il patrimonio netto complessivo delle quattro società, al 31 dicembre 2018, ammonta a euro 195.431, a dimostrazione del fatto che si tratta di società operanti e virtuose. Peraltro tale prezzo di cessione pagato da Zeta è di gran lunga superiore

4. Tra i metodi di valutazione di azienda, il metodo reddituale è quello che perviene alla valorizzazione aziendale basandosi sull'assunto che la stessa dipende dalla capacità dell'azienda di generare flussi reddituali. Nell'ipotesi di durata indefinita dell'orizzonte temporale di riferimento, la formula sarà: W = R/i; mentre nell'ipotesi di durata limitata dell'orizzonte temporale pari a n, la formula diverrà: W = R an/i, in cui:
› *R = reddito medio normale atteso;*
› *an/i = valore attuale della rendita unitaria annuale posticipata per "n" anni al tasso "i";*
› *n = anni costituenti l'orizzonte temporale limitato;*
› *i = tasso di attualizzazione.*

al risparmio fiscale che si otterrebbe compensando le perdite riportabili con la base imponibile futura.

Nella sua risposta, l'Agenzia delle Entrate dà ragione al contribuente acconsentendo al riporto delle perdite fiscali nell'operazione di fusione prospettata. Infatti, pur rispettando il test di vitalità, tanto l'incorporante Alfa, quanto le incorporate Beta e Gamma non superano il limite patrimoniale. Ciononostante, viene constatato che, per quanto concerne l'incorporante Alfa, risulta una perdurante vitalità sia dalla serie storica dei ricavi delle vendite e prestazioni, sia dalla presenza di un numero di addetti pari a 4 unità alla data della sottoscrizione dell'atto di fusione. Oltre a ciò, si fa notare che il valore economico della società è superiore al vantaggio fiscale derivante dall'utilizzo in compensazione delle perdite fiscali sociali riportabili. Queste stesse motivazioni sono riportate anche per quanto riguarda le due incorporate Beta e Gamma. Alla luce di tutto ciò, pertanto, l'Agenzia delle Entrate ritiene possibile, nel caso in questione, disapplicare le disposizioni contenute nell'art. 172, comma 7, del Tuir, con riferimento alle perdite fiscali delle società Alfa, Beta e Gamma, non essendo le citate società qualificabili come "bare fiscali".

Giova quindi considerare che il giudizio positivo da parte dell'Amministrazione finanziaria si fonda sulla valutazione del prezzo di mercato delle partecipazioni oggetto di compravendita, che risulta di gran lunga superiore rispetto alla posizione soggettiva di cui si chiede il riporto ai sensi dell'art. 172, comma 7, del Tuir.

La risposta n. 529 del 16 dicembre 2019

Questa risposta concettualmente si ricollega alla precedente n. 416 del 2019. Anche in questo caso, infatti, la fattispecie riguarda la fusione fra due società, la Alfa che conduceva in locazione, nell'ambito della propria attività, un immobile strumentale di proprietà di Beta e la Beta che, per le proprie caratteristiche, era una società di gestione immobiliare priva di personale dipendente.

Poi le due società sono addivenute all'acquisto delle quote di Beta da parte di Alfa e alla successiva fusione per incorporazione.

Per quanto concerne l'incorporante Alfa, la stessa supera il test di vitalità economica, ma non il limite patrimoniale. A questo secondo riguardo, tuttavia, l'Agenzia constata che non vi è stato un depotenziamento dell'attività, come è desumibile dall'analisi della serie storica dei ricavi, della composizione quali-quantitativa dell'attivo patrimoniale (composto da immobilizzazioni materiali, rimanenze, crediti e liquidità), dai dipendenti utilizzati in media nell'esercizio, che sono in linea con il numero risultante per gli esercizi precedenti. Pertanto l'Agenzia dà il via libera alla disapplicazione dell'art. 172, comma 7, con riguardo alla incorporante.

Per ciò che concerne invece l'incorporata, l'Agenzia fa presente che il test di vitalità non risulterebbe superato. Tuttavia, con riferimento alle perdite della stessa per cui verrebbe richiesta la disapplicazione, si fa notare che esse non derivano dall'ordinaria attività di gestione immobiliare, ma sono riconducibili alla concessione di una fideiussione a favore di terzi, motivo per cui l'Agenzia dichiara di non avere gli elementi per esprimere il proprio parere[5].

Considerazioni conclusive

Può dunque essere utile analizzare l'*iter* concettuale che l'Agenzia delle Entrate sta seguendo nelle istanze volte alla disapplicazione del limite al riporto delle posizioni soggettive nelle operazioni di fusione.

Infatti, a partire dal 2018, con le risposte nn. 93 e 94, **l'enfasi è stata posta sui valori economici delle grandezze, al di là di quello che appare il valore contabile**, e sul **necessario confronto con le posizioni soggettive per le quali si richiede la disapplicazione**. La stessa linea di pensiero si ritrova anche nella recente risposta n. 527 del 13 dicembre 2019, nella quale l'apprezzamento delle Entrate circa la bontà dell'operazione verte sul **confronto fra il prezzo di cessione delle parteci-**

5. *Con riferimento a questo aspetto, ci si limita a osservare che l'Agenzia avrebbe potuto richiedere le necessarie informazioni, che, a quel punto, il contribuente avrebbe dovuto produrre mediante documentazione integrativa. In tal modo, infatti, il parere dell'Agenzia sarebbe stato completo andando a riguardare anche la posizione dell'incorporata.*

pazioni, rispetto al valore di iscrizione, e le perdite fiscali di cui si chiede il riporto.

In altri casi, invece, che sono quelli propri delle risposte nn. 416 e 529 del 2019, il mancato superamento del limite patrimoniale viene giustificato dall'Amministrazione andando a **investigare se la società per la quale si richiede il riporto delle posizioni soggettive si sia depotenziata o meno**. E ciò attraverso un'**analisi del dato contabile dell'attivo di stato patrimoniale**, andando a "pesare" e a valutare le differenti componenti dello stato patrimoniale, nelle quali figurano immobilizzazioni materiali, crediti, rimanenze e liquidità.

Dunque le pronunce che sono state passate in rassegna nel presente articolo dimostrano come l'ottica dell'Agenzia delle Entrate sia volta sempre di più a un **approccio sostanzialistico**, che consente di fatto di riportare le posizioni soggettive che emergono dalla fusione anche nei casi in cui i limiti dell'art. 172, comma 7, del Tuir non sono integrati, **se dai dati fattuali emerge che l'operazione non ha il solo scopo di ottenere la compensazione intersoggettiva di perdite, interessi passivi ed eccedenze Ace.** ●

