

Risposta n. 416

OGGETTO: Articolo 172, comma 7, del TUIR di cui al d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 Disapplicazione della normativa di contrasto alla compensazione delle perdite fiscali in caso di fusione societaria

Con l'istanza di interpello specificata in oggetto, e' stato esposto il seguente

QUESITO

La società istante ALFA S.P.A. (di seguito ALFA), esercita l'attività principale di gestione di un impianto sportivo, oltre alle attività secondarie di ristorante e bar. La predetta società ha incorporato, con efficacia giuridica (contabile e fiscale) dalla data del 1° dicembre 2017, la società BETA S.P.A. (di seguito BETA).

BETA esercita l'attività principale di gestione ed esercizio di impianti sportivi e l'attività secondaria di gestione di un bar. La predetta società ha perdite fiscali pregresse utilizzabili in misura limitata per euro ..., di cui euro ... maturate nell'ultimo periodo d'imposta, nonché interessi passivi non deducibili riportabili per euro ..., come risulta dal modello Redditi SC 2018 per il periodo d'imposta dal 1° giugno 2017 al 30 novembre 2017.

ALFA non ha perdite fiscali pregresse, né interessi passivi non deducibili riportabili, come risulta dal modello Redditi SC 2017 per il periodo dal 1° luglio 2016 al 30 giugno 2017; anche nel periodo d'imposta successivo, dal 1° luglio 2017 al 30

giugno 2018, non ha maturato perdite fiscali riportabili, né interessi passivi non deducibili riportabili propri.

Come da tabella riportata in istanza, per la società BETA risulterebbero verificati i requisiti di vitalità prescritti dall'articolo 172, comma 7, del TUIR; risulterebbe verificata anche la vitalità per la frazione di esercizio dal 1° giugno 2017 al 30 novembre 2017 (con ragguaglio su base annua), come prescritto dalla risoluzione n. 143/E del 24 ottobre 2006.

Sebbene il *test* di vitalità sia comunque positivo, l'istante fa presente che l'attività dell'impianto sportivo è stagionale e, pertanto, i dati riferiti al periodo *ante* fusione (1° giugno 2017 - 30 novembre 2017) non sarebbero rappresentativi dell'effettiva produttività della società.

Verificata la vitalità di BETA, il limite di riportabilità delle perdite e degli interessi passivi ai sensi dell'articolo 172, comma 7, del TUIR è dato dall'ammontare del patrimonio netto della società quale risulta dall'ultimo bilancio o, se inferiore, dalla situazione patrimoniale di cui all'art. 2501-*quater* del codice civile, senza tener conto dei conferimenti e versamenti fatti negli ultimi ventiquattro mesi dalla data a cui si riferisce la situazione stessa.

Sulla base di tale disposizione normativa e dei dati risultanti dai bilanci e dalle dichiarazioni dei redditi, l'istante perviene al risultato che le perdite fiscali pregresse totali di BETA, pari ad euro ..., e gli interessi passivi non deducibili di cui all'articolo 96, comma 5, del TUIR, al 30 novembre 2017 sarebbero riportabili dalla società ALFA dopo la fusione, complessivamente, solo per euro ..., mentre la differenza di euro ... non sarebbe riportabile.

Il contribuente chiede, pertanto, la disapplicazione della disposizione antielusiva di cui all'articolo 172, comma 7, del TUIR, al fine di riportare integralmente le perdite fiscali pregresse e gli interessi passivi non deducibili ai sensi dell'articolo 96, comma 5, del TUIR della società BETA al 30 novembre 2017.

SOLUZIONE INTERPRETATIVA PROSPETTATA DAL CONTRIBUENTE

La società istante ritiene che, nel proprio caso specifico, la norma antielusiva che limita il riporto delle perdite e degli interessi passivi indeducibili nelle operazioni di fusione debba essere disapplicata, in quanto la fattispecie concreta è caratterizzata dall'assenza dell'intento elusivo contrastato dal legislatore e dalla presenza di sostanza economica; questi aspetti sono più ampiamente illustrati nel prosieguo.

Le due società non possono essere considerate "bare fiscali" in quanto, afferma l'istante, *"hanno la capacità di conseguire un consistente ammontare di ricavi afferenti la propria gestione caratteristica, sostenere un importo di costi per il personale impiegato consistente e possedere un attivo patrimoniale prevalentemente investito in beni strumentali nonché attività prontamente liquidabili per nuovi investimenti"*.

Si evincerebbe, inoltre, dai dati di bilancio l'effettivo esercizio dell'attività d'impresa da parte delle due società. Infatti:

- il *test* di vitalità relativamente a ricavi e costi del personale di BETA (società incorporata) risulta superato e ciò costituirebbe un indice che la società ha una capacità produttiva, considerata anche l'entità dei ricavi in valore assoluto; il mancato superamento dei requisiti patrimoniali è dovuto, evidenzia il contribuente, alla circostanza che *"la società aveva difficoltà a gestire l'impianto perché di dimensioni ridotte, inoltre essendo gli impianti ormai datati i costi di manutenzione e di revisioni erano piuttosto consistenti rispetto ai ricavi, che quindi, sebbene ancora elevati, non erano sufficienti a coprire tali costi. La società non ha quindi mai subito un depotenziamento"*;

- anche la società incorporante (ALFA) ha un'elevata capacità produttiva, come risulterebbe dai bilanci allegati e dal prospetto relativo al *test* di vitalità riportato in istanza.

Inoltre, a fusione avvenuta, i ricavi sono già superiori alla somma dei ricavi registrati alla fine dei due esercizi precedenti.

L'esclusione dalla disciplina delle società non operative per la società incorporante (ALFA), che ha più di 50 soci, e per la società incorporata (BETA), che è partecipata per almeno il 20% del capitale sociale da enti pubblici (Comune di ...), rappresenterebbe un ulteriore motivo per non considerare le due società nel novero delle "bare fiscali".

L'istante rappresenta che le ragioni alla base della scelta di attuare la fusione sono le seguenti:

a) le due società partecipanti alla fusione esercitavano la medesima attività di gestione di impianti sportivi nel Comune di ...;

b) l'azionista di maggioranza di BETA era il Comune di ..., che, a causa delle recenti perdite subite dalla società per i motivi sopra menzionati, avrebbe dovuto dismettere le relative partecipazioni; era interesse del Comune stesso che l'acquirente delle partecipazioni fosse un investitore locale, che potesse dare maggiori garanzie sul mantenimento della forza lavoro; inoltre, per un investitore esterno l'investimento sarebbe stato troppo piccolo e non interessante;

c) ALFA, da parte sua, *"ha ritenuto interessante l'investimento perché c'era da tanti anni un progetto per il collegamento dei due impianti sportivi tramite la costruzione di nuovi impianti con un investimento di circa ... milioni di euro"*;

d) la realizzazione di progetti di queste dimensioni è cofinanziato, tramite la concessione di contributi, dalla Provincia di ..., la quale *"ha posto come condizione, che le due società ALFA S.p.a. e BETA S.p.a. si fondessero"*;

e) la costruzione del nuovo collegamento rappresentava un'importante occasione per lo sviluppo dell'economia locale;

f) l'unione degli impianti, precedentemente di proprietà di due società distinte, attraverso la gestione di un'unica società, *"permette complessivamente un'espansione dell'attività superiore all'incremento dato dalla sola fusione. Ne consegue un incremento progressivo dei ricavi attesi"*.

Il progetto di collegamento degli impianti preesistenti, precisa l'istante, *"nel*

frattempo è già stato realizzato ed è già entrato in funzione, a prova delle intenzioni originarie".

Il vantaggio fiscale derivante dalla riportabilità delle perdite fiscali e degli interessi passivi non deducibili *"non è stato pertanto la ragione principale ed il motivo che ha determinato la decisione di effettuare l'unione dei due impianti attraverso la fusione"*; tale scelta *"sarebbe stata fatta indipendentemente dall'esistenza di perdite fiscali pregresse ed interessi passivi non deducibili riportabili o eventuali altri vantaggi fiscali"*.

PARERE DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE

In via preliminare, si ricorda che esula dall'analisi condotta nel presente parere ogni valutazione o apprezzamento in merito ai valori riportati dalla società nell'istanza, nonché la corretta determinazione e quantificazione delle perdite fiscali e degli interessi passivi indeducibili di BETA, dei quali si chiede la disapplicazione.

Resta, pertanto, impregiudicato qualsiasi potere di controllo da parte dell'amministrazione finanziaria volto alla corretta determinazione, qualificazione e quantificazione degli stessi.

Sempre in via preliminare, si rappresenta che non è oggetto della presente risposta la liceità, ai sensi dell'articolo 10-*bis* della legge n. 212 del 2000, dell'operazione societaria rappresentata.

Per le ragioni che si andranno ad esporre, la scrivente fornisce parere positivo alla disapplicazione della normativa di contrasto alla compensazione intersoggettiva delle perdite fiscali di cui all'articolo 172, comma 7, del TUIR.

In materia di fusioni, si ricorda che, in base all'articolo 172, comma 7, del TUIR, le perdite fiscali delle società partecipanti all'operazione, compresa la società incorporante, possono essere portate in diminuzione del reddito della società incorporante o risultante dalla fusione:

1. per la parte del loro ammontare che non eccede quello del patrimonio netto della società che riporta le perdite, quale risulta dall'ultimo bilancio o, se inferiore, dalla situazione patrimoniale redatta ai sensi dell'articolo 2501-*quater* del codice civile, senza tener conto dei conferimenti e dei versamenti fatti negli ultimi ventiquattro mesi anteriori alla data cui si riferisce la situazione stessa, neutralizzando così i tentativi volti a consentire un pieno, quanto artificioso, recupero delle perdite fiscali;

2. allorché dal conto economico della società le cui perdite sono oggetto di riporto, relativo all'esercizio precedente a quello in cui la fusione è 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 per cento di quello risultante dalla media degli ultimi due esercizi anteriori.

La *ratio* delle limitazioni poste dall'articolo 172, comma 7, del TUIR è di contrastare il c.d. "commercio di bare fiscali", mediante la realizzazione di fusioni con società prive di capacità produttiva poste in essere al fine di attuare la compensazione intersoggettiva delle perdite fiscali di una società con gli utili imponibili dell'altra, introducendo un divieto al riporto delle stesse qualora non sussistano quelle minime condizioni di vitalità economica previste dalla disposizione normativa (*cf.* la circolare del 9 marzo 2010, n. 9/E).

In proposito, si ricorda che la disposizione in esame richiede che la società, la cui perdita si vuole riportare, sia operativa, negando, in sostanza, il diritto al riporto delle perdite se non esiste più l'attività economica cui tali perdite si riferiscono (*cf.* risoluzione n. 116/E del 24 ottobre 2006, risoluzione n. 143/E del 10 aprile 2008 e la citata circolare n. 9/E del 2010).

In un'ottica antielusiva, i requisiti minimi di vitalità economica debbono sussistere non solo nel periodo precedente a quello in cui è stata deliberata la fusione, così come si ricava dal dato letterale, bensì devono continuare a permanere fino al

momento in cui la fusione viene attuata (*cf.* la citata risoluzione n. 143/E del 2008).

Esaminate con riferimento alla posizione della società incorporante (ALFA), le disposizioni in argomento non si rendono applicabili, in quanto la medesima società, relativamente ai periodi d'imposta antecedenti quello di efficacia giuridica della fusione, non detiene perdite fiscali, interessi passivi indeducibili ed eccedenze ACE riportabili (come risulta dalla relativa dichiarazione dei redditi, modello Redditi SC 2017, e come, peraltro, precisato dallo stesso contribuente).

Le stesse disposizioni, invece, esaminate con riferimento alla posizione della società incorporata (BETA), non consentirebbero il riporto delle perdite fiscali pregresse, atteso che la società medesima, pur soddisfacendo i requisiti di "vitalità economica" previsti dal comma 7 dell'articolo 172 sopra citato, non rispetta il "limite patrimoniale" sancito dalla stessa norma.

Più in particolare, come si evince dai prospetti riportati dal contribuente, i c.d. "indici di vitalità" risultano rispettati sia relativamente all'esercizio antecedente quello di efficacia giuridica della fusione che relativamente al periodo "interinale", in quanto l'ammontare dei ricavi e dei proventi dell'attività caratteristica riferiti ai predetti periodi - rispettivamente, euro ... al 31 maggio 2017 ed euro ... (importo ragguagliato ad anno) al 30 novembre 2017 - risulta superiore al 40% della media dei medesimi valori del biennio precedente (rispettivamente, euro ... ed euro ...) e l'ammontare delle spese per prestazioni di lavoro subordinato e relativi contributi rilevato nel conto economico di BETA al 31 maggio 2017 (euro ...) e al 30 novembre 2017 (euro ..., ragguagliato ad anno) risulta superiore al 40% di quello derivante dalla media degli ultimi due esercizi anteriori (rispettivamente, euro ... ed euro ...).

Dalla situazione patrimoniale di riferimento - stato patrimoniale del bilancio di BETA relativo all'esercizio chiuso il 30 novembre 2017, in quanto inferiore al dato riportato nella situazione patrimoniale di fusione ai sensi dell'articolo 2501-*quater* del codice civile (euro ...) - risulta un ammontare del patrimonio netto di euro ..., inferiore rispetto all'ammontare delle perdite fiscali pregresse e degli interessi passivi

indeducibili della società incorporata, quantificate dall'istante in complessivi euro ... (nello specifico, perdite fiscali di euro ... e interessi passivi indeducibili di euro ...).

Nel caso in esame, le perdite civilistiche conseguite negli esercizi precedenti da BETA, che hanno determinato un parziale deterioramento della consistenza del patrimonio netto, sono dovute, in base a quanto affermato dall'istante, alla circostanza che *"essendo gli impianti ormai datati i costi di manutenzione e di revisioni erano piuttosto consistenti rispetto ai ricavi, che quindi, sebbene ancora elevati, non erano sufficienti a coprire tali costi"*.

Ciò posto, in base alle risultanze dei bilanci relativi agli esercizi che hanno preceduto la data di efficacia giuridica della fusione, l'attività d'impresa svolta dalla società incorporata non sembra aver subito un depotenziamento; ciò si evince in particolare:

- dalla serie storica dei ricavi della gestione caratteristica (euro ... al 31 maggio 2015, euro ... al 31 maggio 2016 e euro ... al 31 maggio 2017), considerato, altresì, che i ricavi registrati nel periodo "interinale" (1° giugno 2017 - 30 novembre 2017), per un ammontare di euro ..., 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";
- dalla composizione qualitativa e quantitativa dell'attivo patrimoniale al 31 maggio 2017, prevalentemente investito in beni strumentali (euro ..., su un totale attivo di euro ...); inoltre, il prospetto riportato in istanza evidenzia la medesima situazione anche al 30 novembre 2017, con una prevalenza delle immobilizzazioni materiali (euro ...) rispetto alle altre componenti attive (rimanenze, liquidità e crediti, complessivamente, di euro ...);
- dalla circostanza che, come si evince dalla visura camerale di BETA (numero di addetti dell'impresa rilevati al 31 dicembre 2017 - elaborazione da fonte INPS), la società ha impiegato nel corso dell'esercizio 2017, nel quale ha avuto efficacia giuridica la fusione, mediamente ... dipendenti, dato in linea con quello dei

precedenti esercizi (in media, ... addetti nel 2016 e ... addetti nel 2015).

Pertanto, alla luce delle informazioni fornite dal contribuente e della documentazione esaminata, la scrivente ritiene possibile, nel caso in questione, disapplicare le disposizioni contenute nell'articolo 172, comma 7, del TUIR, con riferimento alle perdite fiscali e agli interessi passivi indeducibili di BETA, non essendo la medesima società incorporata qualificabile come società priva di capacità produttiva.

Il presente parere viene reso sulla base degli elementi e dei documenti presentati, assunti acriticamente così come illustrati nell'istanza di interpello, nel presupposto della loro veridicità e concreta attuazione del contenuto.

IL DIRETTORE CENTRALE

(firmato digitalmente)