

Agenzia delle entrate, risposte a interpelli 5 dicembre 2018, nn. 93 e 94
 Articolo 172, comma 7, D.P.R. 917/1986

Alessandro Germani

Test di vitalità e limite patrimoniale nelle fusioni

Nell'ambito delle operazioni di fusione il riporto delle perdite fiscali, degli interessi passivi indeducibili di cui all'articolo 96, comma 4, Tuir e dell'eccedenza Ace ex articolo 1, comma 4, D.L. 6 dicembre 2011, n. 201 è soggetto a vincoli particolari, in quanto il legislatore si preoccupa di evitare il cd. commercio delle bare fiscali, ovvero che l'operazione straordinaria sia posta in essere al solo scopo di beneficiare della riduzione degli imponibili riveniente dalla fusione. Tradizionalmente ciò ha riguardato le perdite fiscali, ma la limitazione è stata estesa successivamente dapprima agli interessi passivi dall'art. 1, comma 33, lett. aa), legge 24 dicembre 2007, n. 244 e poi anche all'eccedenza Ace dall'art. 1, comma 549, lett. c), legge 11 dicembre 2016, n. 232. Infatti la ratio sottostante appare la medesima in tutti e tre i casi, ovvero quella di contrastare le 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'articolo 172, comma 7, Tuir prescrive per il riporto delle perdite, degli interessi passivi indeducibili e delle eccedenze Ace sono tre e sono legate:

Il patrimonio netto espresso in termini reali nella disciplina antielusiva

L'Agenzia delle entrate, con le risposte agli interpelli n. 93 e 94 del 5 dicembre 2018, ha enfatizzato la nozione di patrimonio netto espresso in termini reali, anziché meramente contabili, per l'ottenimento della **disapplicazione della disciplina antielusiva** di cui all'articolo 172, comma 7, Tuir necessaria al fine di beneficiare del riporto delle perdite, degli interessi indeducibili e dell'Ace nell'ambito delle operazioni di fusione per incorporazione.

- › alla "vitalità" delle società partecipanti alla fusione;
- › al patrimonio netto contabile delle stesse società partecipanti;
- › a precedenti svalutazioni fiscalmente dedotte.

Test di vitalità

Le perdite fiscali non possono 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 per cento della media dei due esercizi precedenti. Entrambi i parametri sono assunti in base al dato di bilancio, non rilevando gli importi imponibili o deducibili ai fini fiscali.

Nel momento in cui si effettua il test, occorre verificare che la società sia in grado di superare ambedue i parametri. Lo si veda con i seguenti casi riportati nell'*esempio 1*.

ESEMPIO 1. TEST DI VITALITÀ

Si considerino due casi: **nel primo**, la media dei ricavi dei due esercizi precedenti è pari a 1.900.000 euro (*tabella 1*).

TABELLA 1.

Esercizio	2016	2017	2018
Ricavi e proventi dell'attività caratteristica	2.000.000	1.800.000	1.000.000
Spese per lavoro subordinato e relativi contributi	750.000	570.000	350.000

Poiché il 40% di tale media ammonta a 760.000 euro, il test è superato essendo i ricavi del 2018 pari a 1.000.000 euro. Similmente per quanto concerne le spese di lavoro dipendente la media dei due esercizi precedenti è pari a 660.000 euro. Poiché il 40% di tale media ammonta a 264.000 euro, il test è superato essendo le spese per lavoro subordinato per il 2018 pari a 350.000 euro. Ipotizziamo, invece, nel **secondo caso** gli stessi dati con riguardo ai ricavi ma una situazione differente rispetto alle spese per lavoro dipendente (tabella 2).

TABELLA 2.

Esercizio	2016	2017	2018
Ricavi e proventi dell'attività caratteristica	2.000.000	1.800.000	1.000.000
Spese per lavoro subordinato e relativi contributi	750.000	570.000	250.000

In tal caso il test con riguardo ai ricavi risulta superato, ma non quello relativo alle spese per lavoro dipendente, in quanto il dato del 2018, pari a euro 250.000, è inferiore rispetto al 40% della media dei due esercizi precedenti, che ammonta a 264.000 euro. In questo secondo caso, pertanto, le perdite non sono riportabili in quanto il test di vitalità non risulta superato.

Limite del patrimonio netto

Le perdite fiscali delle società che superano il test di vitalità sono riportabili nel limite del patrimonio netto contabile risultante dall'ultimo bilancio¹ o, se inferiore, dalla situazione patrimoniale straordinaria redatta ai sensi dell'articolo

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.

Lo si veda con il seguente *esempio 2*.

ESEMPIO 2. PERDITE FISCALI

Supponiamo che la società Alfa, che ha superato il test di vitalità, abbia perdite fiscali pari a 600.000 euro e un patrimonio netto contabile risultante dall'ultimo bilancio pari a 750.000 euro. In questo caso le perdite sono integralmente riportabili. Si supponga, invece, in relazione al medesimo esempio, che dalla situazione patrimoniale di fusione ex articolo 2501-quater c.c. emerga un patrimonio netto di euro 550.000, a fronte di perdite intercorse rispetto all'ultimo bilancio. In questo caso quindi non tutte le perdite di euro 600.000 risulterebbero riportabili, in quanto l'importo di euro 50.000 dovrebbe essere abbandonato.

Precedenti svalutazioni di partecipazioni

Qualora una società che partecipa alla fusione abbia svalutato con effetto fiscale la partecipazione in un'altra società che partecipa all'operazione, le perdite fiscali non sono riportabili nel limite della svalutazione dedotta. Occorre considerare che questa norma ha un'applicazione ormai davvero limitata, in quanto a partire dal 2003 le svalutazioni delle partec-

cipazioni che rispondono ai requisiti Pex² sono fiscalmente indeducibili.

Interpello disapplicativo

L'ultimo capoverso del comma 7 dell'articolo 172 del Tuir stabilisce che «Al fine di disapplicare le disposizioni del presente comma il contribuente interpella l'amministrazione ai sensi dell'articolo 11, comma 2,

1. In base alla risoluzione dell'Agenzia delle entrate 9 maggio 2011, n. 54 si tratta dell'ultimo bilancio chiuso anteriormente alla deliberazione di fusione, anche se non approvato.

2. Cfr. articolo 87 Tuir.

della legge 27 luglio 2000, n. 212, recante lo Statuto dei diritti del contribuente».

Pertanto se si rispettano i parametri stabiliti dall'articolo 172, comma 7, Tuir non occorre presentare alcun interpello. Viceversa nel caso in cui non venga superato il test di vitalità o si incorra nel limite del patrimonio netto, ma la società abbia interesse a riportare le perdite, gli interessi passivi indeducibili o le eccedenze Ace pur non rispettando i parametri, la stessa sarà tenuta a presentare l'interpello disapplicativo. In caso di utilizzo delle posizioni soggettive, senza che sia stato presentato interpello, la società incorrerà nella sanzione amministrativa da 2.000 euro a 21.000 euro, raddoppiata se l'Amministrazione finanziaria disconosce la disapplicazione delle norme (art. 11, comma 7-ter, D.Lgs. 471/97).

La risposta all'interpello n. 93/2018

L'interpello in questione ha riguardato la fusione per incorporazione fra due banche che è stata posta in essere a seguito di una verifica ispettiva condotta dalla Banca d'Italia sulla incorporata, che aveva rilevato alcune criticità negli assetti organizzativi, di struttura e di governance, che ne avevano reso necessaria la revisione per garantire una corretta gestione delle dinamiche di deterioramento e qualità del credito. L'incorporante, invece, ha proceduto all'operazione in funzione della possibilità di penetrare commercialmente il territorio dell'incorporata. L'incorporata presentava perdite fiscali ed eccedenze Ace riportabili, a differenza dell'incorporante. Sulla base di quanto sopra, si è reso necessario verificare in capo alla incorporata il superamento del test di vitalità nonché il rispetto del limite del patrimonio netto.

Il contribuente nella propria soluzione ha evidenziato come il superamento del test di vitalità sia in grado di testimoniare che l'incorporata non abbia mai smesso di "fare banca". Infatti l'insufficienza patrimoniale rispetto al totale delle perdite fiscali e dell'eccedenza Ace non è indice di uno svuotamento dell'incorporata, in grado di incidere sulla sua capacità futura di produrre redditi, ma deriva, in gran parte, da svalutazioni del portafoglio crediti operate

nell'ultimo bilancio precedente la fusione e nella situazione patrimoniale di fusione. Le difficoltà reddituali registrate dall'incorporata nel triennio antecedente alla fusione sono state determinate dalle politiche attuate e dai rischi assunti dagli organi gestori allora operanti, sfociati in scelte di spesa poco oculate che hanno ingenerato criticità finanziarie e patrimoniali tali da attirare l'intervento della Banca d'Italia per il pericolo di una riduzione del patrimonio di vigilanza sotto le soglie consentite. Alla luce di tutto ciò l'istante ha ritenuto di aver dimostrato che le perdite generatesi nell'incorporata e il mancato rispetto del limite di patrimonio netto erano imputabili a tale cattiva gestione e che la fusione per incorporazione mirava a preservare, attraverso l'intervento dell'incorporante, il potenziale commerciale dell'incorporata a seguito del processo di riorganizzazione.

L'Agenzia delle entrate nella propria risposta ha di fatto espresso parere positivo alla richiesta di disapplicazione della norma antielusiva. A questo riguardo, dopo aver ricordato il meccanismo del test di vitalità e del limite patrimoniale disciplinati dall'articolo 172, comma 7, Tuir, ha evidenziato il divieto al riporto delle perdite qualora non sussistano quelle minime condizioni di vitalità economica previste dalla norma³. Infatti secondo l'Amministrazione la società, la cui perdita si vuole riportare, deve essere operativa, negandosi il diritto del riporto delle perdite se non esiste più l'attività economica cui tali perdite si riferiscono⁴. Viene inoltre rammentato che 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 debbono continuare a permanere fino al momento in cui la fusione viene attuata⁵.

Per quanto concerne il test di vitalità, lo stesso è stato superato dall'incorporata sia con riguardo al periodo antecedente a quello in cui è intervenuta l'efficacia giuridica della fusione (esercizio di qualche mese) sia con riferimento all'esercizio antecedente a quello in cui è stata deliberata la fusione (esercizio di 12 mesi). Ciò sia con riferimento ai ricavi dell'attività

3. Cfr. al riguardo la circolare 9 marzo 2010, n. 9/E.

4. Cfr. al riguardo la risoluzione n. 116/E/2006, la risoluzione n. 143/E/2008 e la circolare n. 9/E/2010.

5. Cfr. la citata risoluzione n. 143/E/2008.

caratteristica sia alle spese per prestazioni di lavoro subordinato e relativi contributi.

Per quanto concerne invece il vincolo patrimoniale, la norma fa espresso riferimento, quale limite alla riportabilità delle perdite, al «*patrimonio netto quale risulta dall'ultimo bilancio o, se inferiore, dalla situazione patrimoniale di cui all'art. 2501-quater del codice civile*». Con riguardo al riferimento al patrimonio netto risultante dall'«ultimo bilancio», la risoluzione del 9 maggio 2011 n. 54/E ha chiarito che tale espressione «*debba essere correttamente intesa quale bilancio relativo all'ultimo esercizio chiuso prima della data di efficacia giuridica della fusione, ancorché non approvato a tale data. In particolare in caso di retrodatazione degli effetti fiscali (e contabili) della fusione all'inizio dell'esercizio, l'ultimo bilancio, in tal senso inteso, per la società che detiene le perdite è il bilancio relativo all'esercizio precedente a quello in cui la fusione è perfezionata giuridicamente*».

L'Agenzia ha chiarito che il mancato rispetto del cd. limite patrimoniale da parte dell'incorporata non può comportare l'effetto di limitare il diritto del riporto delle perdite fiscali e delle eccedenze Ace in capo all'incorporante all'esito della fusione, in quanto l'incorporata non è una società priva di capacità produttiva. Ciò è testimoniato infatti dalla costante presenza sul territorio, da adeguati costi del personale e da ricavi derivanti dalla gestione caratteristica riconducibili sostanzialmente all'operato del predetto personale. Dall'esame dei bilanci degli esercizi anteriori a quello in cui la fusione è stata perfezionata l'Agenzia ha potuto effettuare un'approfondita analisi che ha riguardato una serie di indicatori tipici dell'attività bancaria quali le commissioni attive, il margine di interesse, la raccolta diretta presso la clientela.

Circa infine il valore economico dell'incorporata, l'incorporante ha chiarito di aver utilizzato il principio internazionale IFRS 3 nella redazione del primo bilancio successivo alla fusione. Dall'applicazione di tale principio internazionale, che ha comportato la valutazione al fair value delle singole attività e passività, è emerso che l'incorporata aveva un valore di mercato complessivo maggiore rispetto a quello contabile e che la parte principale del maggior valore attribuito all'incorporata è derivato dal fair value dei crediti in bonis di quest'ultima, che è risultato supe-

riore rispetto al relativo valore netto contabile.

La risposta all'interpello n. 94/2018

Questo interpello riguarda la fusione per incorporazione fra due società nella quale l'istante X chiedeva la disapplicazione della norma antielusiva con riguardo all'eccedenza degli interessi passivi che non era stata riportata nell'ambito del consolidato in quanto maturati prima dell'ingresso da parte della incorporata Y. La stessa era stata costituita allo scopo di acquisire una società di diritto statunitense Z e l'acquisizione era avvenuta nel 2008 in parte facendo ricorso all'equity (aumento di capitale e relativo sovrapprezzo) e in parte al debito (finanziamento erogato da un istituto di credito). Nel 2017, allo scopo di razionalizzare la struttura societaria e accorciare la catena di controllo, è stata effettuata la fusione per incorporazione di Y in X. In tal modo il debito che era stato contratto da Y per l'acquisizione di Z è confluito in capo ad X. A decorrere dal 2009 Y aveva optato per il regime del consolidato fiscale assieme ad X, trasferendo pertanto alla consolidante le eccedenze di interessi passivi indeducibili e le perdite fiscali maturate in vigenza dell'opzione per la tassazione su base consolidata. Per l'esercizio 2008, Y aveva maturato interessi passivi indeducibili, non riportati nell'ambito del consolidato in quanto maturati prima dell'esercizio dell'opzione. Adesso, a seguito della predetta fusione, X intenderebbe portare in deduzione tali interessi passivi, sebbene non risulti rispettato il test di vitalità economica, a differenza del limite patrimoniale.

Anche in questo caso la risposta dell'Agenzia alla disapplicazione della norma antielusiva è stata positiva, nel senso di accogliere le richieste della società istante. In particolare, il test del patrimonio netto risulta superato. Invece per quanto riguarda il test di vitalità, per ciò che concerne i ricavi e proventi dell'attività caratteristica questi, in presenza di una holding, non sono solo i ricavi e proventi di cui alle voci A1 e A5, ma anche i proventi finanziari iscritti nelle voci C 15 e C16⁶. Nel caso in esame, dal bilancio Y chiuso al 31 dicembre 2016, non risultano proventi da partecipazioni da imprese controllate poiché, nell'esercizio 2016, e nel periodo interinale (1° gennaio – 17 dicembre 2017) Z USA non ha distribuito dividendi

6. Cfr. risoluzione Agenzia delle entrate n. 143/E/2008.

in favore del socio. Il test di vitalità, in ordine ai ricavi e proventi dell'attività caratteristica, non risulta, pertanto, superato. Tuttavia, ad eccezione di questi casi, nella sua esistenza Y ha sempre provveduto a distribuire dividendi alla propria controllante. Inoltre la stessa assenza di costi di lavoro dipendente si spiega con la peculiarità di Y quale holding di partecipazione.

Infine l'Agenzia ha evidenziato che il valore economico della partecipazione in Z USA risulta ben superiore alla posizione soggettiva di cui si chiede il riporto. Pertanto, in considerazione del proprio status di holding pura, l'incorporata Y integra le condizioni per la disapplicazione della norma antielusiva, anche in considerazione del fatto che l'asset partecipativo in Z USA risulta avere un valore di mercato di molto superiore a quello del beneficio fiscale richiesto.

Conclusioni

Dalla lettura delle risposte n. 93 e 94 dell'Agenzia delle entrate emergono alcune interessanti considerazioni per ciò che concerne le motivazioni in grado di far ottenere la disapplicazione della norma antielusiva nell'ambito delle operazioni di fusione circa il riporto delle posizioni soggettive quali le perdite, gli interessi passivi indeducibili e le eccedenze Ace. Infatti in ambedue le pronunce l'Agenzia dimostra di prendere in debita considerazione il fatto che le operazioni siano supportate da valide ragioni gestionali. A tal riguardo, infatti, la risposta n. 93 entra nel merito di una riorganizzazione effettuata in ambito bancario allo scopo di non disperdere il patrimonio – inteso in senso di penetrazione commerciale nel ter-

ritorio di riferimento – proprio della incorporata e che ha mosso l'incorporante ad effettuare l'operazione. In questo senso, quindi, è stata consentita la disapplicazione anche se il limite patrimoniale non risultava soddisfatto. Allo stesso modo, nella successiva risposta n. 94, l'Agenzia è entrata nel merito di un'operazione volta ad accorciare la catena del controllo e ha accordato la disapplicazione della norma antielusiva sebbene l'incorporata non superasse il test di vitalità per via della propria caratteristica di holding.

Accanto a queste motivazioni, volte a valutare le finalità gestionali dell'operazione, va segnalato che in entrambe le pronunce l'Agenzia dimostra di tenere in debita considerazione anche alcuni aspetti legati alla valorizzazione effettiva delle poste contabili. Infatti nella risposta n. 93, in applicazione del principio internazionale IFRS 3, l'incorporata aveva un valore di mercato complessivo maggiore rispetto a quello contabile, derivante dal fair value dei crediti in bonis, che è risultato maggiore rispetto al relativo valore netto contabile. Allo stesso modo nella risposta n. 94 è stata enfatizzata la valorizzazione dell'asset partecipativo detenuto dall'incorporata, raffrontato al beneficio fiscale degli importi di cui si chiedeva la deduzione. Si tratta pertanto di aspetti sostanziali, legati al fair value di alcune poste rispetto al mero valore contabile, o all'importo degli asset fiscali di cui si chiede il riporto, che vanno tenuti in debita considerazione nell'ambito delle istanze miranti ad ottenere la disapplicazione della norma antielusiva per il riporto delle posizioni soggettive nelle operazioni di fusione. ●

QUOTIDIANO DEL FISCO iPad optimized!

Per maggiori informazioni www.quotidianofisco.ilsole24ore.com GRUPPO 