

RISOLUZIONE N.54/E



Direzione Centrale Normativa

Roma, 9 maggio 2011

OGGETTO: *Istanza di interpello ordinario presentata ai sensi dell'art. 11 della legge n. 212 del 2000 – Fusione di società (articolo 172, comma 7, del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917)*

FATTISPECIE RAPPRESENTATA

La società istante ALFA S.P.A. opera, prevalentemente in Italia, nel settore elicotteristico *on shore* e *off shore*.

Nel corso dell'esercizio 2009, la stessa società ha deciso di procedere all'acquisto ed alla successiva (fusione per) incorporazione della società BETA S.P.A., al fine di consolidare la propria posizione sul mercato dei servizi di elisoccorso, nel quale operava la società acquistata, e *“di ottimizzare in una unica struttura organizzativa tutte le attività inerenti a detti servizi”*.

In particolare, in data 17 settembre 2009, ALFA ha acquisito la partecipazione totalitaria al capitale sociale di BETA.

In data 18 novembre 2009, i consigli di amministrazione delle due società hanno approvato il progetto di fusione nonché le relazioni degli amministratori e le situazioni patrimoniali redatte alla data del 31 agosto 2009 ai sensi dell'articolo 2501-*quater* del codice civile.

In data 30 novembre 2009, le assemblee straordinarie delle società hanno deliberato la fusione per incorporazione di BETA in ALFA, mediante approvazione del relativo progetto.

In data 10 febbraio 2010, le società hanno stipulato l'atto di fusione, con efficacia giuridica a far data dal 1° marzo 2010, stabilendo inoltre la decorrenza degli effetti contabili e fiscali dell'operazione dal 1° gennaio 2010.

In data 22 aprile 2010, l'assemblea ordinaria della società istante (incorporante) ha approvato il bilancio al 31 dicembre 2009 della società incorporata (già estinta per effetto della predetta operazione straordinaria).

L'istante precisa che solo la società incorporata (BETA) ha perdite fiscali riportabili ai sensi dell'articolo 84 del TUIR.

Dette perdite sono state realizzate in vigenza del regime del consolidato fiscale nazionale di cui agli articoli 117 e seguenti del TUIR, al quale la società incorporata aveva aderito quale società consolidante, unitamente alla società GAMMA S.R.L., con opzione esercitata in data 24 ottobre 2005 e rinnovata in data 12 giugno 2008, ed attribuite alla medesima consolidante a seguito dell'interruzione del consolidato derivante dalla fusione *de qua*, giusta il disposto dell'articolo 124, comma 4, del TUIR.

Ciò posto, tenuto conto del limite patrimoniale per il riporto delle perdite fiscali previsto dall'articolo 172, comma 7, primo periodo, del TUIR, l'interpellante chiede se, con riferimento alla società incorporata, *“il patrimonio netto quale risulta dall'ultimo bilancio”* sia da considerare quello che risulta:

- *“dall'ultimo bilancio chiuso e approvato prima della delibera di fusione”*, cioè dal bilancio relativo all'esercizio chiuso il 31 dicembre 2008, oppure
- *“dal bilancio relativo all'ultimo esercizio chiuso prima della stipula dell'atto di fusione e della sua efficacia giuridica, ancorché approvato successivamente”*, cioè dal bilancio relativo all'esercizio chiuso il 31 dicembre 2009.

SOLUZIONE INTERPRETATIVA PROSPETTATA DAL CONTRIBUENTE

Ad avviso dell'istante, ai fini della determinazione del "limite patrimoniale" di cui all'articolo 172, comma 7, del TUIR, occorre avere riguardo all'ultimo bilancio della società incorporata *"chiuso e approvato prima della delibera di fusione"* (vale a dire a quello relativo all'esercizio chiuso il 31 dicembre 2008).

Ciò troverebbe conferma in una lettura logico-sistematica della norma sopra citata, che, nel subordinare la riportabilità, da parte della società incorporante (o risultante dalla fusione), delle perdite pregresse delle società partecipanti alla fusione - nel limite del patrimonio netto della società con perdite - al superamento del cosiddetto "test di vitalità", espressamente rinvia al bilancio *"relativo all'esercizio precedente a quello in cui la fusione è stata deliberata"*.

Tale soluzione, secondo l'istante, appare altresì ragionevole ove si consideri che il momento rilevante ai fini dell'applicazione della disposizione in esame *"dovrebbe essere individuato proprio nella data della delibera di fusione, ossia nel momento in cui viene espressa la volontà dei soci di procedere con la fusione"*; la delibera che approva la fusione, infatti, *"si basa sull'esame dei documenti contabili messi a disposizione dei soci ed è in tale sede che vengono delineati tutti gli elementi essenziali dell'operazione straordinaria, tra i quali, in primis, la valutazione dei patrimoni delle società coinvolte e gli eventuali rapporti di cambio delle azioni o quote"*.

Inoltre, *"ogni atto successivo alla delibera di fusione, ivi compreso l'atto di fusione, è solo consequenziale e non può in alcun modo modificare l'assetto dell'operazione"*.

Pertanto, *"appare logico ritenere che anche gli aspetti fiscali dell'operazione di fusione (tra i quali, la riportabilità delle perdite fiscali delle società interessate) debbano essere valutati in tale sede, prendendo in*

considerazione l'ultimo bilancio approvato prima della data della delibera (nel caso in esame, quello chiuso al 31 dicembre 2008)".

L'istante, inoltre, evidenzia come alla stessa conclusione si perverrebbe anche qualora venisse considerato quale momento rilevante e conclusivo dell'operazione straordinaria non già la delibera assembleare di approvazione della fusione (30 novembre 2009), ma la stipula del relativo atto (10 febbraio 2010) o, ancora, la data della sua efficacia giuridica (1° marzo 2010); a tali ultime date, infatti, il bilancio della società incorporata (BETA) non risultava ancora né redatto dagli amministratori (31 marzo 2010) né approvato dall'assemblea dei soci (22 aprile 2010).

Infine, a conferma di quanto in precedenza affermato, l'istante richiama la relazione illustrativa all'articolo 123 del TUIR (ora articolo 172) nella quale veniva precisato come, per la verifica dell'ammontare delle perdite fiscali riportabili, rilevi il valore del patrimonio netto risultante dall'“*ultimo bilancio approvato prima della fusione*”.

PARERE DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE

La disposizione contenuta nell'articolo 172, comma 7, del TUIR, disciplina il riporto delle perdite fiscali pregresse delle società che partecipano ad operazioni di fusione, al fine di contrastare la realizzazione di fenomeni elusivi consistenti nella compensazione intersoggettiva delle perdite fiscali di società prive di capacità produttiva (cd. “bare fiscali”) con i redditi imponibili di altre società partecipanti all'operazione straordinaria.

Con riferimento all'*an*, ossia alla sussistenza del diritto al riporto delle perdite da parte della società incorporante o risultante dalla fusione, la norma sopra citata subordina tale diritto alla verifica di determinate condizioni di vitalità economica in capo alle società partecipanti alla fusione stessa, richiedendo 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 per cento di quello risultante dalla media degli ultimi due esercizi anteriori".

Una volta verificata la sussistenza dei suddetti "requisiti economici", la disposizione in esame prevede che *"le perdite delle società che partecipano alla fusione, compresa la società incorporante, possono essere portate in diminuzione del reddito della società risultante dalla fusione o incorporante 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 del codice civile, senza tener conto dei conferimenti e versamenti fatti negli ultimi ventiquattro mesi anteriori alla data cui si riferisce la situazione stessa".*

In altri termini, la società incorporante o risultante dalla fusione potrà utilizzare la "dote" di perdite fiscali pregresse delle società partecipanti all'operazione nei limiti della consistenza del patrimonio netto (depurato dei versamenti e conferimenti effettuati negli ultimi 24 mesi) delle società in perdita, come risulta dall'ultimo bilancio o, se inferiore, dalla situazione patrimoniale di cui all'articolo 2501-quater del codice civile.

Al riguardo, occorre osservare che la relazione allo schema di testo unico delle imposte sui redditi - con riferimento alla locuzione *"ultimo bilancio"* contenuta nella bozza iniziale dell'articolo 123, comma 5, del previgente TUIR (trasfuso nell'attuale articolo 172, comma 7) - aveva specificato che, ai fini della determinazione dell'ammontare di perdite riportabili, il patrimonio netto di riferimento dovesse risultare dall'*"ultimo bilancio approvato prima della fusione"*.

A tal proposito, si osserva, peraltro, che la stessa bozza iniziale della norma citata non ha trovato integrale trasposizione nel testo unico definitivamente approvato, nel quale, invece, si è fatto riferimento unicamente alla *"situazione patrimoniale di cui all'articolo 2502 del codice civile"* (attuale

articolo 2501-*quater* del codice civile). Solo con successiva modifica normativa (articolo 28 del D.L. 2 marzo 1989, n. 69) si è giunti all'attuale formulazione che prevede il duplice riferimento all'ultimo bilancio o, se inferiore, alla situazione patrimoniale di fusione.

Stante l'iter normativo descritto, sebbene la relazione sopra menzionata, come detto, faccia espressamente riferimento ad un bilancio formalmente approvato prima della data (di efficacia giuridica) della fusione, non si può, tuttavia, prescindere, a parere della scrivente, da una lettura logico-sistematica della norma in commento.

La *ratio* sottesa alla previsione del c.d. "limite patrimoniale" risiede, secondo quanto emerge dalla stessa relazione governativa, nella volontà del legislatore di *"attuare una soluzione equilibrata che pur mantenendo fermo il diritto del riporto delle perdite, eviti che per mezzo della fusione si trasmettano deduzioni del tutto sproporzionate alle consistenze patrimoniali delle società fuse o incorporate"*.

Il legislatore fiscale ha, perciò, individuato nel suddetto limite patrimoniale un indice, ancorché approssimativo, in grado di misurare la capacità della società - intesa come autonoma organizzazione e prima dell'integrazione dei patrimoni delle società partecipanti alla fusione - di produrre in futuro redditi imponibili tali da compensare le perdite fiscali pregresse riportate.

Con riguardo alla formulazione della norma in commento, giova osservare che con la modifica apportata dal D.L. n. 223 del 2006, al comma 7 dell'articolo 172 è stato inserito un ulteriore periodo (penultimo) che prevede che *"in caso di retrodatazione degli effetti fiscali della fusione ai sensi del comma 9, le limitazioni del presente comma si applicano anche al risultato negativo, determinabile applicando 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 della fusione"*.

Nella sostanza, la disposizione sopra menzionata obbliga tutte le società partecipanti alla fusione, inclusa l'incorporante, a sottoporre le eventuali perdite "di periodo" alla verifica della sussistenza degli indici di vitalità nonché al limite del patrimonio netto.

La circostanza di dover quantificare, ai fini dell'applicazione della norma, anche le perdite "di periodo", in caso di retrodatazione, giustifica, *a fortiori*, la scelta di adottare - come termine di riferimento - un patrimonio netto, quale indice di redditività prospettica della società in perdita, che sia quanto più prossimo alla data di efficacia giuridica della fusione.

In altre parole, la finalità della disposizione in commento, nella sua evoluzione storica, rende necessario un confronto tra due termini omogenei (dal punto di vista temporale), ossia la "dote" di perdite fiscali pregresse (nonché "di periodo", in caso di retrodatazione fiscale) alla data di efficacia giuridica della fusione e la consistenza del patrimonio netto a tale data ovvero, in caso di retrodatazione, ad una data quanto più prossima, e ciò a prescindere dalla circostanza che il relativo bilancio sia stato già approvato.

Sulla base di quanto sin qui argomentato, si ritiene che la locuzione "*ultimo bilancio*" contenuta nell'articolo 172, comma 7, primo periodo, del TUIR, 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, nel 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.

Nel caso in esame - fusione con effetti fiscali e contabili retrodatati al 1° gennaio 2010 - pertanto, la società istante dovrà prendere a riferimento, ai fini della determinazione del *quantum* di perdite fiscali riportabili, il patrimonio netto risultante dal bilancio della società incorporata (BETA) relativo all'ultimo esercizio chiuso prima della data di efficacia giuridica della fusione, vale a dire

quello relativo all'esercizio chiuso il 31 dicembre 2009, ancorché approvato dalla società incorporante in una data (22 aprile 2010) successiva rispetto a quella di efficacia giuridica della fusione (1° marzo 2010), e sempre che dalla situazione patrimoniale redatta (alla data del 31 agosto 2009) ai sensi dell'articolo 2501-*quater* del codice civile non risulti un patrimonio netto inferiore.

Va ricordato, in ogni caso, che, ai fini dell'applicazione della norma in commento, il patrimonio netto deve essere rettificato per tenere conto dei conferimenti e dei versamenti effettuati nei ventiquattro mesi che precedono la data cui si riferisce il bilancio o la situazione patrimoniale di cui all'articolo 2501-*quater* del codice civile.

Le Direzioni Regionali vigileranno affinché le istruzioni fornite e i principi enunciati con la presente risoluzione vengano puntualmente osservati dagli uffici.

IL DIRETTORE CENTRALE