

Il riporto delle perdite nelle operazioni di fusione

di **Cosimo Turrisi**

Pubblicato il 22 dicembre 2010

Le fusioni societarie hanno sempre avuto un punto critico: il riporto delle perdite delle società fuse; analisi delle problematiche fiscali riguardanti l'elusione ed il consolidato nazionale

Disciplina civilistica

Le operazioni di fusione possono essere realizzate in due modi differenti:

- fusione per incorporazione, nel caso in cui, a seguito dell'operazione di fusione, una società pre-esistente persiste in vita mentre una o più società si estinguono
- fusione per unione (o fusione propriamente detta) nel caso in cui tutte le società partecipanti alla fusione si estinguono, dando vita ad una società di nuova costituzione.

Ai soci delle società che si estinguono vengono assegnate, in cambio delle partecipazioni precedentemente detenute, nuove azioni o quote della società incorporante o di nuova costituzione, sulla base di una certa proporzione definita rapporto di concambio.

Tali operazioni di fusione, in linea di massima, comportano l'iscrizione - nel bilancio della società incorporante o che risulta dalla fusione - di alcune poste differenziali che, contabilmente, devono essere iscritte per bilanciare le eccedenze di attivo o di passivo o di patrimonio netto che solitamente emergono a seguito della fusione.

Le differenze di fusione possono essere a loro volta suddivise in due tipologie: differenze da annullamento e da concambio. Le prime derivano dai riflessi contabili conseguenti all'annullamento delle partecipazioni detenute dall'incorporante nella società incorporata; le differenze da concambio, invece, si riferiscono ai riflessi contabili dovuti all'emissione di nuove azioni da assegnare ai soci delle società che si estinguono.

Le differenze iscritte nell'attivo sono denominate disavanzi; nel caso in cui, invece, tali differenze siano iscritte nella sezione passivo e netto, sono denominate avanzi. La natura civilistica di tali differenze non è univoca e richiede al redattore del bilancio un'individuazione della ragione sostanziale per cui tali poste sono emerse. Il disavanzo di fusione, ad esempio potrebbe riflettere i maggiori valori correnti, rispetto ai valori contabili, dei beni delle società che si estinguono a seguito della fusione oppure; in altri casi, configurare l'avviamento del complesso aziendale fuso o incorporato. L'avanzo, invece, potrebbe essere rappresentativo di riserve presenti nel patrimonio netto delle società che si estinguono, ovvero può rappresentare un avviamento negativo o un fondo rischi, afferente il complesso aziendale trasferito.

Disciplina fiscale

L'articolo 172, comma 7, del decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917 disciplina dal punto di vista tributario, con finalità antielusive, le condizioni alle quali è consentito il riporto delle perdite in occasione di fusioni societarie. Tale norma, come noto, intende contrastare le operazioni di commercio delle c.d. "bare fiscali" e, a tal fine, 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'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, e 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 per cento di quello risultante dalla media degli ultimi due esercizi anteriori"*.

Tra i predetti versamenti non si comprendono i contributi erogati a norma di legge dallo Stato o da altri enti pubblici e, in aggiunta, se le azioni o quote della società la cui perdita è riportabile erano possedute dalla società incorporante o da altra società partecipante alla fusione, la perdita non è ammessa in diminuzione fino a concorrenza dell'ammontare complessivo della svalutazione di tali azioni o quote (effettuata ai fini della determinazione del reddito dalla società partecipante o dall'impresa che le ha ad essa cedute dopo l'esercizio al quale si riferisce la perdita e prima dell'atto di

fusione).

L'articolo 35, comma 17, del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito con modificazioni dalla legge n. 248 del 4 agosto 2006, ha inserito nel citato articolo 172 comma 7 una specifica disposizione applicabile in caso di retrodatazione degli effetti fiscali della fusione, secondo la quale le limitazioni al riporto delle perdite fiscali previste dal comma 7 in commento sono applicabili anche al risultato negativo di periodo conseguito tra l'inizio del periodo d'imposta e la data di efficacia giuridica della fusione. La ratio, come chiarito dalla circolare 4 agosto 2006, n. 28, deve ricondursi alla volontà del legislatore di contrastare quelle operazioni elusive poste in essere al fine di realizzare un utilizzo strumentale di siffatti risultati negativi "di periodo".

Tale disposizione, infatti, subordina il diritto al riporto delle suddette perdite di periodo alla verifica della sussistenza degli **indici di vitalità economica** e del limite quantitativo del **patrimonio netto**, alla stregua delle perdite fiscali realizzate nei periodi di imposta precedenti alla fusione. Con la medesima circolare è stato precisato che le società partecipanti alla fusione, compresa la società incorporante, dovranno determinare un proprio risultato di periodo, relativo all'intervallo temporale che intercorre tra l'inizio del periodo d'imposta e la data antecedente a quella di efficacia giuridica della fusione. L'eventuale perdita sarà assoggettata, insieme alle perdite fiscali pregresse del soggetto partecipante alla fusione, alle disposizioni di cui all'articolo 172, comma 7 del TUIR.

Tali dettami normativi, si applicano, comunque, anche agli interessi indeducibili oggetto di riporto in avanti di cui al comma 4 dell'articolo 96.

(di rilievo evidenziare nel contesto, che anche l'affrancamento delle differenza fra

valori civilistici e fiscali emergenti a seguito di un operazione straordinaria, quale una fusione appunto, si estende ai maggiori valori derivanti dalla fiscalità differita, come chiarito dalla risoluzione dell’Agenzia delle Entrate 11 giugno 2010 n.50/E).

Interpello e consolidato

L’istituto dell’istanza di disapplicazione di norme antielusive è previsto dall’art. 37 bis, comma 8, del decreto Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, il quale prevede che *“Le norme tributarie che, allo scopo di contrastare comportamenti elusivi, limitano deduzioni, detrazioni, crediti d’imposta o altre posizioni soggettive altrimenti ammesse dall’ordinamento tributario, possono essere disapplicate qualora il contribuente dimostri che nella particolare fattispecie tali effetti elusivi non si verificano. A tal fine il contribuente deve presentare istanza al direttore regionale delle entrate competente per territorio, descrivendo compiutamente l’operazione e indicando le disposizioni normative di cui chiede la disapplicazione”*. Il legislatore consente la disapplicazione di una norma antielusiva, laddove, rispetto ad una determinata fattispecie, non si riscontrino elementi di elusività e dall’applicazione della norma stessa derivi in capo al contribuente un’ingiustificata penalizzazione. La disciplina recata dall’articolo 172, comma 7, TUIR mira a contrastare la compensazione intersoggettiva di perdite per il tramite di operazioni straordinarie (bare fiscali). In tal senso la norma ha introdotto una serie di requisiti, di natura patrimoniale e sostanziale, in assenza dei quali non viene riconosciuta in capo alla società incorporante la possibilità di riportare le perdite delle società incorporate.

Lo strumento principe per ottenere una valutazione circa la eventuale sussistenza di profili di elusività risulta, quindi, rappresentato dall’ **interpello preventivo antielusivo**, di cui all’articolo 21, Legge 30 dicembre 1991, n. 413 e non

dall'interpello disapplicativo. Tale interpello, laddove fondato, è l'unico che potrebbe dimostrare la mancanza di un intenti elusivi evidenziando le motivazioni economiche sottostanti l'operazione straordinaria e la, conseguente, legittimità al riporto delle perdite fiscali.

In presenza di operazioni di fusione e scissione che non interrompono la tassazione di gruppo, le disposizioni limitative al riporto delle perdite (contenute, rispettivamente, negli articoli 172, comma 7, e 173, comma 10, del Tuir) troveranno applicazione solo con riferimento alle perdite "pregresse" all'ingresso nel regime consolidato, come chiarito dall'Agenzia delle Entrate con la circolare n. 9/E del 9 marzo 2010.

Gli articoli da 117 a 129 del TUIR ed il decreto ministeriale 23 aprile 2004, non contengono, infatti, alcuna disposizione in merito all'applicabilità delle limitazioni al riporto delle perdite in operazioni di fusione o scissione tra società che hanno optato per la tassazione di gruppo.

L'unico riferimento normativo è fornito dall'articolo 12, comma 1, lettera a), del Dm 9 giugno 2004 (decreto attuativo del regime di tassazione del consolidato nazionale), secondo cui - alle fusioni tra società consolidate si applicano, comunque, le disposizioni dell'art. 172, del TUIR.

22 dicembre 2010

dott. Cosimo Turrisi

