

I requisiti di vitalità e la riportabilità delle perdite in caso di fusione secondo l'Associazione Italiana dei dottori commercialisti

a cura di Fabio Gallio ⁽¹⁾

Con la norma di comportamento n. 176, l'Associazione Italiana dei dottori commercialisti si è occupata della problematica relativa al periodo da considerare per verificare la vitalità economica delle società partecipanti ad un'operazione di fusione.

Come precisato da suddetta autorevole dottrina, ai sensi dell'articolo 172, comma 7 del Testo Unico delle Imposte sui Redditi (di seguito T.U.I.R.), il riporto delle perdite fiscali (sia relative ai periodi di imposta anteriori a quello in cui la fusione è stata deliberata, sia formatesi dall'inizio del periodo di imposta in cui la fusione viene deliberata e fino alla data antecedente a quella di efficacia giuridica della fusione) delle società partecipanti alla fusione è subordinato alla dimostrazione della cosiddetta "vitalità economica" delle società stesse.

La "vitalità economica" si presume qualora, "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".

Sulla base del dato letterale della norma è necessario, quindi, che i predetti indicatori economici siano ricavati dal conto economico relativo all'esercizio precedente a quello in cui l'operazione di fusione è stata deliberata, a prescindere o meno dalla retrodatazione degli effetti fiscali dell'operazione.

L'Agenzia delle Entrate, però, in diverse occasioni ha stabilito che la disposizione in esame, la cui ratio è quella di contrastare le operazioni di commercio delle c.d. "bare fiscali", dovrebbe essere interpretata nel senso che i requisiti minimi di vitalità economica debbano sussistere non solo nel periodo precedente alla fusione, così come si ricava dal dato letterale, bensì debbano continuare a permanere fino al momento in cui la fusione viene deliberata (2).

¹ Avvocato e dottore commercialista in Padova.

² Cfr. Risoluzioni Agenzia delle Entrate n. 116/E del 24 ottobre 2006 e n. 143/E del 10 aprile 2008.

www.commercialistatelematico.com

E' vietata ogni riproduzione totale o parziale di qualsiasi tipologia di testo, immagine o altro.
Ogni riproduzione non espressamente autorizzata è violativa della Legge 633/1941 e pertanto perseguibile penalmente

In particolare, nel caso di retrodatazione degli effetti fiscali della fusione, il test di vitalità, secondo l'Agenzia, dovrebbe risultare verificato anche con riferimento all'intervallo di tempo tra l'inizio del periodo di imposta e la data di efficacia giuridica dell'operazione.

Ai fini di tale verifica, l'ammontare dei ricavi e proventi dell'attività caratteristica e delle spese per prestazioni di lavoro relativi a detto intervallo di tempo dovrebbe essere ragguagliato ad anno, per consentire che il raffronto con la media dell'ammontare dei medesimi elementi contabili degli ultimi due esercizi precedenti sia effettuato tra dati omogenei.

Tale tesi, però, è priva di ogni fondamento normativo, in quanto l'art. 172, comma 7, prevede esplicitamente che, per i fini in esame, si deve fare riferimento all'esercizio precedente e non menziona altri periodi successivi (3). In caso contrario, il legislatore avrebbe utilizzato una terminologia simile a quella scritta nell'art. 84, comma 3, del T.U.I.R., laddove si fa riferimento al biennio precedente a quello di efficacia dell'atto di trasferimento.

Poiché nelle risoluzioni citate viene utilizzato più volte il termine "bara fiscale" sembrerebbe che l'Agenzia delle Entrate abbia applicato estensivamente la disposizione antielusiva dell'art. 84 al caso della fusione.

Non sarebbero a sostegno della tesi dell'Amministrazione finanziaria neppure le modifiche arrecate dall'art. 35 del D.L. 4 luglio 2006, n. 223 (convertito, con modificazioni, dalla L. 4 agosto 2006, n. 248,) all'art. 172 del T.U.I.R., laddove viene previsto che, in caso di retrodatazione degli effetti fiscali delle fusioni, il diritto al riporto delle perdite del periodo è subordinato alla verifica della sussistenza sia degli indici di vitalità sia del limite quantitativo del patrimonio netto, sempre, però, riferiti all'esercizio precedente.

Infatti, l'attuale penultimo periodo dell'art. 172, comma 7, fa riferimento al periodo che intercorre tra l'inizio del periodo e la data antecedente a quella di efficacia giuridica solamente relativamente alla determinazione del risultato negativo delle società partecipanti alla fusione, senza disporre nulla circa gli esercizi da considerare per verificare la vitalità delle società coinvolte nella fusione

Fabio Gallio
22 Dicembre 2009

3 Tra gli altri, mi si permetta di rinviare a Gallio F., "La fusione, il riporto delle perdite e l'elusione fiscale", in "il fisco" n. 43 del 20 novembre 2006, pag. 1-6668