

OPERAZIONI STRAORDINARIE

Disapplicazione dei limiti al riporto delle perdite nella fusione

di **Fabio Landuzzi**



Il mancato superamento del “**test di vitalità**” delle società partecipanti ad una **fusione societaria** può essere **disapplicato** mediante apposita istanza di interpello, consentendo quindi il **riporto delle posizioni fiscali soggettive** pregresse (**perdite fiscali** riportate, eccedenze di **interessi passivi**, **eccedenze Ace**) delle società partecipanti, quando sia dimostrato che con la fusione non si realizza una **finalità elusiva**, ovvero non si perviene ad una **indebita compensazione intersoggettiva** delle predette posizioni fiscali, che l’ordinamento intende contrastare con la disciplina “quantitativa” di cui all’[articolo 172, comma 7, Tuir](#).

Nel solco di altre precedenti risposte rese ad istanze di interpello, la [risposta n. 101 dell’Agenzia delle Entrate](#) si mostra di particolare interesse per via della condizione in cui si trovavano le due società partecipanti ad una **fusione inversa** nel contesto di una operazione di *leveraged buy out*; in particolare:

- l’**incorporante**, per la quale **non erano verificati** né il **requisito patrimoniale** né quello di “**vitalità economica**” riferito al c.d. **periodo interinale** in corso alla data di efficacia della fusione, con particolare riferimento ad un **decremento subito nel costo del personale dipendente**,
- l’**incorporata**, per la quale nessuno degli anzidetti requisiti risultava verificato in quanto trattavasi di società costituita al solo scopo di fungere come **veicolo per l’acquisizione** della società *target*, poi incorporante per via della esecuzione della fusione in forma “inversa”.

Con riferimento alla **posizione della incorporante**, sono in modo particolare **due gli aspetti di rilievo** che si possono cogliere dalla risposta all’interpello.

Il primo si riferisce alla questione del decremento sofferto dalla società riguardo al **costo del personale dipendente**.

È stato dimostrato che, nel caso di specie, ciò è stato dovuto alla decisione dell'impresa di **esternalizzare tutta l'attività di gestione tecnica e commerciale** degli immobili (si trattava di centri commerciali) ad un soggetto terzo, al quale era stato **ceduto il relativo ramo di azienda** inclusivo di **tutti i dipendenti**, e contestualmente stipulato un apposito **contratto di servizi tecnici**, commerciali e amministrativi.

È stato perciò valorizzato, secondo un condivisibile **approccio sostanzialistico**, il fatto che questa **decisione organizzativa** – che vedeva coinvolto un soggetto del tutto terzo in qualità di nuovo prestatore in *outsourcing* dei servizi suddetti – non deve ledere la **reale "vitalità" dell'impresa**; tanto è vero che, come si evince dalla risposta, se ai fini del **"test di vitalità"** fossero stati assunti proprio tali **costi esterni** (ossia, a **parità di condizioni** rispetto alla organizzazione dell'impresa preesistente alla esternalizzazione), il test sarebbe stato appunto **verificato positivamente**.

Ulteriori **indici di vitalità** dell'impresa hanno riguardato la **serie storica dei suoi ricavi**, che aveva fatto registrare un incremento progressivo, e la **composizione quali-quantitativa del suo patrimonio**.

Il secondo aspetto di sicuro interesse ha poi riguardato il **test relativo al limite patrimoniale**, il cui mancato superamento era dovuto al fatto che nel **bilancio di riferimento** – che veniva assunto ai fini della verifica in oggetto, avendo le società derogato alla predisposizione delle rispettive situazioni patrimoniali di fusione – era dovuto all'**accantonamento eccezionale di un fondo per futuri interventi di risanamento**; un fondo iscritto al passivo che, peraltro, **non era stato dedotto fiscalmente** così che aveva influenzato negativamente il solo risultato di bilancio erodendo di conseguenza il patrimonio della società sino a portarlo **al di sotto dell'ammontare delle posizioni fiscali soggettive**.

Anche a questo riguardo, il **parere positivo** alla disapplicazione del limite patrimoniale nel caso di specie risulta frutto del fatto che, **in assenza di tale accantonamento** eccezionale, il **patrimonio netto** della società **sarebbe stato capiente** rispetto al riporto di tutte le posizioni fiscali soggettive, e che da una verifica oggettiva si è potuto constatare che **l'attività svolta non aveva subito alcun reale depotenziamento**, come dimostrato dalle evidenze quantitative e qualitative sopra citate.