

**Risposta n. 253/2022**

**OGGETTO:** Disapplicazione articolo 172, comma 7, del TUIR in caso di Fusione non ancora realizzata: Test di vitalità e limite del patrimonio netto

Con l'istanza di interpello specificata in oggetto, e' stato esposto il seguente

**QUESITO**

La società A S.p.A. (di seguito, "A" o "incorporante") ha chiesto un parere, ai sensi dell'articolo 11, comma 2, della legge 27 luglio 2000, n. 212, concernente la disapplicazione delle disposizioni di cui all'articolo 172, comma 7, del Testo unico delle imposte sui redditi, approvato con il decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917 (TUIR), in relazione ad una operazione di fusione per incorporazione di due società interamente controllate.

Quanto di seguito descritto sintetizza sia l'istanza che i successivi aggiornamenti operati mediante l'invio di documentazione spontanea (prot. N.242174/2020; prot. N.242176/2020; prot. N. 242178/2020; prot. N.246891/2020; prot. N. 242183/2020).

La A ha per oggetto, principalmente, l'attività di commercio al minuto e all'ingrosso di elettrodomestici e beni elettronici di consumo sia tramite punti vendita fisici sia nelle forme del commercio elettronico.

La società descrive di aver intrapreso, negli ultimi anni, un percorso di crescita

strategica in tutte le categorie di prodotto (i) da un lato rafforzando le proprie quote nei segmenti d'offerta e (ii) dall'altro continuando il percorso di consolidamento che ha portato la Società alla leadership sul mercato retail.

Con la prospettiva di (i) rafforzare il proprio posizionamento competitivo nel settore della vendita online e di (ii) avviare e sviluppare l'attività di commercializzazione di beni elettronici di consumo, in data 9 giugno 2017, A ha acquisito il 100% del capitale sociale di B S.r.l. a socio unico (di seguito, "B") al prezzo concordato tra le parti pari a euro 10.000 migliaia (cfr. bilancio A). L'istante dichiara di aver acquistato B S.r.l. da un soggetto terzo (-----).

La società acquistata è attiva nel settore della vendita online di prodotti di informatica, elettronica, elettrodomestici e telefonia, e opera nel mondo dell'e-commerce, quale operatore che vende prodotti solo attraverso il web, senza avere punti di vendita o di ritiro fisico.

Inoltre, la A, nel contesto di una strategia di consolidamento della propria presenza sul mercato siciliano, ha acquistato in data 1° marzo 2019 il 100% del capitale di C S.r.l. a socio unico (di seguito, "C"), società di diritto italiano attiva nel settore del commercio al dettaglio e all'ingrosso di elettrodomestici ed elettronica di consumo, titolare di 12 punti vendita in -----. Il prezzo concordato tra le parti è stato pari a euro 17.400 migliaia (cfr. bilancio A). L'istante dichiara di aver acquistato C S.r.l. da un soggetto terzo (-----)".

La A ha intenzione di procedere alla Fusione con le già menzionate società acquisite. L'operazione straordinaria consentirà di perseguire una maggiore efficienza gestionale, attraverso lo sviluppo di significative sinergie informatiche, logistiche, societarie e amministrative.

Il 10 gennaio 2020 sono stati depositati presso gli uffici del Registro Imprese territorialmente competenti, nonché pubblicati sul sito istituzionale -----, i progetti di fusione per incorporazione in A S.p.A. (la "Società") di C S.r.l. con unico socio e di B S.r.l. con unico socio, interamente partecipate.

Il 18 marzo 2020, il Consiglio di Amministrazione di A e le Assemblee dei soci di C S.r.l. e B S.r.l. hanno approvato le operazioni di fusione.

Nel verbale di approvazione, tra l'altro, si dichiara:

- che l'esercizio sociale nel corso del quale saranno stipulati i due atti di fusione, ad oggi, è previsto per il secondo trimestre del 2020;

- che gli effetti giuridici della fusione decorreranno, ai sensi dell'articolo 2504-bis c.c. dalla data che sarà stabilita nell'Atto di fusione, con facoltà delle parti di indicare anche una data successiva a quella dell'ultima delle iscrizioni, prescritte dall'articolo 2504 del Codice civile, dell'atto di fusione nel Registro delle Imprese;

- che le fusioni sono "semplificate" ai sensi dell'articolo 2505 del Codice civile (partecipazione al 100% dell'incorporante nelle società incorporate) e gli effetti contabili e fiscali della fusione decorrono dal primo giorno dell'esercizio sociale nel corso del quale si è perfezionata la fusione ai sensi e agli effetti dell'articolo 2504-*bis* del Codice civile.

L'istante dichiara ulteriormente che dalle normative introdotte dai decreti emanati a fronte dell'emergenza Covid-19 deriverebbe la sospensione del termine per l'opposizione da parte dei creditori sociali alle operazioni di fusione (seppure le disposizioni normative non si pronuncino espressamente con riferimento alla sospensione dei termini di cui all'articolo 2503 c.c., dottrina, anche di matrice notarile, ne riterrebbe legittima l'estensione). Ciò non avrebbe ancora permesso il completamento delle operazioni di fusione.

La A, con comunicato stampa del 16 aprile allegato all'istanza, rende noto che "secondo quanto disposto dall'art. 36 del Decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23, il termine di 60 giorni per l'opposizione alle fusioni per incorporazione in A S.p.A. delle società interamente controllate C S.r.l. con socio unico e B S.r.l. con socio unico da parte dei creditori sociali di cui all'articolo 2503 cod. civ. inizierà a decorrere dall'11 maggio p.v.".

Inoltre, i progetti di fusione precisano che la stipula dei relativi atti di fusione è

subordinata all'esito del presente interpello. Al riguardo l'istante dichiara che ha ritenuto opportuno presentare preventivamente la presente istanza di interpello prima di dar corso all'*iter* per le fusioni, tenuto anche conto delle implicazioni derivanti dalla diffusione al mercato di informazioni *price sensitive* concernenti le operazioni di fusione e delle diverse conseguenze derivanti dalla disapplicazione o meno delle limitazioni *ex* articolo 172, comma 7, del TUIR.

In merito alle posizioni fiscali soggettive da riportare, alla data del 29 febbraio 2020:

- A ha perdite fiscali riportabili pari a euro 345.787.934;
- B ha perdite fiscali riportabili pari a euro 6.338.229 ed eccedenza ACE pari a euro 64.656 (si segnala che a partire dal periodo d'imposta chiuso al 28 febbraio 2019, B ha esercitato l'opzione per il regime di consolidato fiscale con la controllante/consolidante A);
- C ha perdite fiscali riportabili pari a euro 8.031.062 ed un'eccedenza di interessi passivi indeducibili pari ad euro 405.596.

### **Considerazioni relative alle singole società**

#### **A**

L'attuale A è frutto dell'integrazione tra S S.r.l. (di seguito, "S") e la U S.r.l. (codice fiscale -----) (di seguito, "Ex A") - società anch'essa attiva nella commercializzazione degli elettrodomestici e dell'elettronica di consumo - avvenuta con l'atto di fusione per incorporazione della Ex A in S del 26 febbraio 2016. Contestualmente S ha cambiato la propria denominazione in "A" al fine di preservare la notorietà e la forza commerciale del relativo marchio.

Al momento della fusione la Ex A aveva perdite fiscali illimitatamente riportabili, ai sensi dell'articolo 84 del TUIR, pari a euro 426.595.068, che sono "passate" in capo a S (poi A) a seguito dell'operazione straordinaria citata. Già in tale occasione il limite patrimoniale di cui all'articolo 172, comma 7, del TUIR avrebbe

comportato una limitata riportabilità delle perdite della Ex A e, per tale ragione, in data 22 settembre 2015, S presentò apposita istanza di interpello disapplicativo cui è stata data risposta positiva con l'Istanza di disapplicazione n. 909-628/2015.

In quella sede e per quella data, è stato accertato che la Ex A non fosse annoverabile tra le c.d. "bare fiscali" e che le perdite sarebbero state recuperabili con la redditività futura. Infatti, le perdite di esercizio si erano realizzate per fattori contingenti e congiunturali (crisi di periodo e conseguente calo della domanda) e la tendenza negativa si era invertita a seguito della ristrutturazione della società e degli investimenti effettuati con il cambio della proprietà. Tali azioni avevano generato un miglioramento della situazione economica, come risultante dal relativo bilancio chiuso al 28 febbraio 2015 in cui veniva, tra l'altro, evidenziato un incremento di fatturato dopo 7 anni di calo, il ritorno in positivo del risultato operativo e il contenimento delle perdite di esercizio. Inoltre, i dati prospettici del piano per il periodo 1° marzo 2015 - 29 febbraio 2020 mostravano un continuo miglioramento dei risultati dovuto al contestuale incremento dei ricavi e risparmio di costi, con una progressiva e costante crescita del risultato della gestione caratteristica.

#### Test di vitalità

L'esercizio sociale di A chiude l'ultimo giorno del mese di febbraio di ogni anno, perciò, la A rappresenta i Test di vitalità alla data dell'ultimo bilancio, ossia, il 29 febbraio 2020, ed alla più recente data del 30 aprile 2020 (questi ultimi dati al 30 aprile 2020 sono di carattere gestionale e non sono stati oggetto di approvazione da parte del consiglio di amministrazione di A). Sulla base dei dati rappresentati la A supera i test di vitalità.

#### Test del patrimonio netto

L'esercizio sociale di A chiude l'ultimo giorno del mese di febbraio di ogni anno e, pertanto, le perdite sarebbero riportabili nel limite della misura del patrimonio netto risultante dal bilancio al 29 febbraio 2020 pari a euro 103.223 migliaia (in assenza di versamenti e conferimenti nei 24 mesi precedenti).

In ragione del valore del patrimonio netto al 29 febbraio 2020 discende che - in caso di realizzazione della Fusione per incorporazione e qualora fosse applicato il disposto dell'articolo 172, comma 7 del TUIR - le perdite fiscali della Società (pari ad euro 345.787.934) non risulterebbero integralmente riportabili e sarebbero decurtate per l'eccedenza rispetto all'ammontare del patrimonio netto.

## **B**

### Test di vitalità

L'esercizio sociale della **B** chiude l'ultimo giorno del mese di febbraio di ogni anno, perciò, presenta i Test di vitalità alla data dell'ultimo bilancio, ossia, il 29 febbraio 2020, ed alla più recente data del 30 aprile 2020. Sulla base dei dati rappresentati la B supera i test di vitalità.

### Test del Patrimonio netto

Il patrimonio netto alla data del 29 febbraio 2020 è pari a euro 3.518.625.

Negli ultimi 24 mesi sono stati effettuati i seguenti versamenti:

- versamento in conto capitale per un importo pari ad euro 1.217.359,00 in data 31 marzo 2018;
- versamento in conto copertura perdite di euro 1.268.705,97 in data 30 novembre 2018;
- versamento in conto capitale per un importo pari ad euro 3.731.294,03 in data 23 gennaio 2019.

In caso di realizzazione della fusione le perdite fiscali della Società (pari ad euro 6.338.229) e l'eccedenza ACE riportabile (pari a euro 64.656) non risulterebbero riportabili.

L'istante sostiene che le perdite sono principalmente dovute a: (i) una crescente pressione competitiva cui sono sottoposti i *pure player* che ha portato la società a difendere le proprie quote di mercato sacrificando le politiche di pricing, (ii) una crescente richiesta di un servizio più puntuale ed efficiente da parte dei clienti che ha

comportato l'incremento dei costi di logistica nell'intero esercizio.

Sul versante della redditività prospettica e della prevedibile evoluzione della gestione di B l'istante rappresenta i dati riportati nel piano relativo al periodo 1° marzo 2020 - 28 febbraio 2025 approvato dall'Amministratore Unico della B in data 16 aprile 2020.

Dalle proiezioni economico-patrimoniali si evince che B tornerà a realizzare un EBIT positivo nell'esercizio 2021-2022 per poi proseguire con una costante tendenza di miglioramento negli anni successivi, dove sia EBITDA che EBIT sono in crescita.

Infine, l'istante dichiara che i versamenti a patrimonio sopra indicati sono stati effettuati per l'osservanza delle norme del Codice civile in materia e per il genuino proseguimento del business. In particolare, sono stati eseguiti dal socio unico allo scopo (i) di "ripiantare" le perdite che avevano eroso parzialmente il capitale, (ii) di coprire quelle consuntivate e, (iii) di dotare B di un capitale adeguato alla sua futura operatività al fine di consentirle di proseguire e rilanciare la propria attività.

## **C**

La C S.r.l. è stata costituita il 21 gennaio 2019 e, in quanto società neocostituita, non supera entrambi i limiti imposti dall'articolo 172, comma 7, TUIR.

Il 1° marzo 2019 la C S.r.l. è stata acquistata da un soggetto terzo (-----). La società conduce 12 punti vendita in Sicilia e dichiara di voler proseguire la normale operatività dei 12 punti vendita anche successivamente alla data di efficacia giuridica della fusione.

Nonostante la C abbia rilevato l'azienda dalla ----- e, quindi, abbia continuato l'attività già realizzata dal precedente titolare, a detta dell'istante, la prosecuzione dell'attività nella nuova veste giuridica ha comportato il sostenimento di costi di avviamento. Trattasi, nel dettaglio, di costi di natura straordinaria, legati all'avviamento della società di nuova acquisizione (attività di marketing straordinarie effettuate per pubblicizzare l'apertura dei punti vendita, costi trasporto sostenuti per l'allestimento dei punti vendita con i nuovi prodotti, costi per attività di vigilanza

durante il periodo di allestimento dei negozi e del periodo promozionale connesso all'apertura, costi del personale distaccato per attività di formazione, costi di locazione sostenuti nel periodo transitorio di chiusura dei negozi, etc.).

L'istante segnala, inoltre, che la minore redditività di C nel proprio primo periodo di imposta è connessa alla forte scontistica riconosciuta ai propri clienti nel primo periodo di attività, finalizzata alla promozione in un mercato (quello -----) di nuovo approdo.

Dai dati riportati nel piano relativo al periodo 1° marzo 2020 - 28 febbraio 2025 approvato in data 16 aprile 2020 dall'Amministratore Unico di C si evince che la società tornerà a realizzare EBITDA ed EBIT positivi nell'esercizio 2021-2022 per poi proseguire con una tendenza di miglioramento negli anni successivi.

La stessa ha consuntivato ricavi per euro 148,3 milioni al 29 febbraio 2020 ed ha sostenuto costi del personale per euro 13,5 milioni, come indicato nel bilancio chiuso al 29/02/2020 ed approvato in data 18 maggio 2020. L'istante chiede la disapplicazione del limite del patrimonio netto per la riportabilità delle perdite fiscali di A, delle perdite fiscali e dell'eccedenza ACE di B, delle perdite fiscali e delle eccedenze di interessi passivi di C, affinché non siano assoggettate al limite del patrimonio netto di cui all'articolo 172, comma 7, del TUIR.

### **SOLUZIONE INTERPRETATIVA PROSPETTATA DAL CONTRIBUENTE**

L'istante ritiene, in generale, che il meccanismo previsto dall'articolo 172 non è sempre coerente con i risultati elusivi la cui realizzazione esso intende prevenire e l'importo assoluto del patrimonio netto, su cui si basa la norma in esame, non è indiscutibilmente l'unico indice per valutare la suddetta capacità. Sarebbe incongruente (i) collegare la possibilità di riportare le perdite pregresse unicamente alla misura di una grandezza patrimoniale e (ii) confrontare e parametrare un elemento avente rilevanza economico-fiscale (le perdite) con altro elemento avente natura



esclusivamente patrimoniale (il patrimonio netto). Altri indici dovrebbero essere considerati per il riscontro della mancanza degli intenti elusivi che il limite intende penalizzare, quali, a titolo esemplificativo, il capitale investito, i ricavi di vendita, l'organizzazione e la struttura aziendale, i lavoratori impiegati e la redditività prospettica;

In particolare, ritiene che **A** non sia un soggetto annoverabile tra le cd. "bare fiscali" per le seguenti ragioni:

- le perdite fiscali sono state prodotte dalla Ex A per fattori contingenti e congiunturali e poi "ereditate" dall'attuale A (ex S) tramite un'operazione di fusione e a seguito di risposta positiva ad un interpello disapplicativo. Perciò le perdite di cui si parla avrebbero già superato il vaglio dell'Agenzia delle Entrate;

- la società sarebbe in grado di produrre redditi per "riassorbire" stand alone le perdite fiscali pregresse come dimostrato dal parziale utilizzo già avvenuto nei recenti periodi di imposta 2015, 2016, 2017 e 2018 (n.b. il periodo d'imposta 2018 scade il 28 febbraio 2019);

- la situazione aziendale della Società non è mutata e A continua a svolgere la propria attività economica (cfr. bilanci relativi agli ultimi due esercizi allegati) investendo ed espandendosi, come dimostrato dai ricavi in continua crescita, che si attestano a circa 2.426 milioni di euro al 29 febbraio 2020; dal numero di lavoratori impiegati (oltre 4.600 teste); dalla struttura distributiva e commerciale, costituita da circa 236 punti vendita diretti e circa 265 negozi rientranti nel canale indiretto; dalla strategia di consolidamento perseguita anche tramite la crescita per linee esterne con diverse recenti operazioni di acquisizione;

- sulla base di quanto si evince dalle prospettive economiche contenute nel Piano Industriale del periodo 1° marzo 2019 - 28 febbraio 2024 (il "Piano") utilizzato per il test di impairment relativo all'avviamento iscritto nel Bilancio d'Esercizio di A, riferito all'esercizio chiuso al 28 febbraio 2019 A proseguirà con la tendenza positiva dei risultati. L'impairment test è stato approvato dal Consiglio di Amministrazione di

A in data 08 maggio 2019. Il citato documento evidenzia positivi risultati operativi sia a livello di EBITDA che di EBIT. Il Piano si basa nelle linee strategiche su quello approvato dal Consiglio di Amministrazione in data 12 dicembre 2016 come successivamente aggiornato, tenendo conto degli andamenti recenti della gestione. In particolare, si è tenuto conto di dati consuntivi relativi agli esercizi chiusi al 28 febbraio 2017, e 28 febbraio 2018 e 28 febbraio 2019, si è redatto il budget per l'esercizio che chiuderà al 29 febbraio 2020 e conseguentemente, è stato aggiornato lo sviluppo dei dati finanziari fino al 29 febbraio 2024;

- la situazione della A, in termini di operatività e di capacità di riassorbimento delle perdite pregresse, non è diversa rispetto a quella esistente ed esaminata dall'Agenzia delle Entrate al momento di presentazione dell'Istanza di disapplicazione n. 909-628/2015. Pertanto, sarebbe ragionevole che il riporto delle stesse perdite, già concesso in precedenza, non possa essere ora limitato per il semplice fatto di partecipare alla Fusione;

- nonostante l'operazione di incorporazione non fosse stata - al tempo di presentazione dell'istanza - perfezionata viene evidenziato che anche con Interpello n. 956-152/2018 "la scrivente [ha ritenuto] possibile disapplicare le disposizioni contenute nell'articolo 172, comma 7, del TUIR, con riferimento alle perdite fiscali pregresse di A e B ed alle eccedenze ACE di quest'ultima". Considerato che non sarebbero sopravvenute particolari situazioni che possano interferire con la disciplina normativa in argomento sarebbe ragionevole che il riporto delle stesse perdite, già concesso in precedenza, non possa essere ora limitato per il semplice fatto di partecipare alla Fusione;

- la recente risposta all'interpello n. 527 del 13 dicembre 2019 pubblicata dall'Agenzia delle Entrate ha evidenziato inoltre che i limiti al riporto delle perdite fiscali in caso di fusione stabiliti dall'articolo 172 comma 7 del TUIR possono essere disapplicati nel momento in cui le società partecipanti presentano comunque un valore economico superiore al vantaggio fiscale derivante dall'utilizzo delle perdite

"tramesse" alla società incorporante o risultante dalla fusione. Considerato il valore di mercato delle azioni della Società alla data del 31 ottobre 2019, il valore della capitalizzazione della Società a quella data è pari a euro 260 milioni. Considerando il 24% delle perdite fiscali di cui al modello Redditi SC 2019 (euro 377.950.662 x 24% = 90.708.159), si otterrebbe un importo inferiore a quello del valore economico, con conseguente soddisfacimento del requisito;

- la Società "*stand alone*" è già stata in grado di "riassorbire" parte delle perdite fiscali illimitatamente riportabili ed è ragionevole ritenere che lo sia anche in futuro, a prescindere dall'operazione di Fusione;

- vi sono evidenti motivazioni economiche e imprenditoriali sottese all'operazione e con la Fusione non si ottiene, di fatto, alcun indebito vantaggio fiscale in relazione alle perdite fiscali riportabili di A.

In merito alla **B** l'istante sostiene che:

- la società sia dotata di una struttura produttiva che sarebbe in grado di tornare a produrre redditi negli anni successivi, anche in assenza della fusione, tali da recuperare le perdite fiscali e le eccedenze ACE;

- anche in merito a questa società (oltre che alla A) si era già giunti a conclusioni positive in occasione della risposta alla istanza di interpello presentata in data 13 marzo 2018 dalla A (Interpello n. 956-152/2018) nella quale si era già prospettata la possibile fusione con B.

L'istante sostiene che la B non sarebbe una bara perché:

- le perdite si sono prodotte per i descritti fattori contingenti;
- la società, anche a seguito del cambio di proprietà e già prima della operazione di fusione, stia adottando gli opportuni provvedimenti al fine di tornare alla profittabilità; infatti, nel 2018, a seguito dell'acquisizione da parte di A, la B ha avviato un processo di revisione organizzativa e strutturale finalizzato al progressivo riequilibrio della gestione operativa. In base a tale processo, sono stati predisposti e

sviluppati piani per il potenziamento delle attività di business ed è stata realizzata una strategia di incremento dei ricavi e di efficientamento dei costi;

- B continua a svolgere la propria attività economica in continuità con il passato, come dimostrato dalla struttura organizzativa al mese di maggio 2020 che conta 38 teste (contro le 33 al 28 febbraio 2019), dall'elevato numero (circa 80.000) di referenze in catalogo riferite a centinaia di *brand*, dai 400.000 utenti iscritti alla propria *newsletter* e gli oltre 1.600.000 visitatori mensili, con 18 milioni di "*page views*"/mese.

In merito alla C l'istante sostiene che la società non sia in grado di superare i limiti imposti dall'articolo 172, comma 7, TUIR, solo in quanto neocostituita e, al riguardo, richiama la risoluzione n. 337/E del 29 ottobre 2002, nella quale l'Agenzia delle Entrate afferma che "quando la società è neocostituita non può essersi depotenziata rispetto ad un passato in cui ancora non esisteva. Pertanto, la mancanza di periodi da raffrontare con quello immediatamente precedente l'esercizio di delibera della fusione escluderebbe la possibilità di indagare sulla vitalità del soggetto".

#### **PARERE DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE**

In via preliminare, si ricorda che esula dall'analisi condotta nel presente parere ogni valutazione o apprezzamento in merito ai valori riportati nell'istanza, nonché la corretta determinazione e quantificazione delle posizioni soggettive fiscali delle quali si chieda la disapplicazione e dei dati contabili a supporto del calcolo dei test di vitalità e del patrimonio netto.

Resta, pertanto, impregiudicato qualsiasi potere di controllo da parte dell'amministrazione finanziaria volto alla corretta determinazione, qualificazione e quantificazione degli stessi.

Sempre in via preliminare, si rappresenta che non è oggetto della presente risposta la liceità, ai sensi dell'articolo 10-*bis* della legge n. 212 del 2000, delle

operazioni societarie precedentemente illustrate.

Per le ragioni che si andranno ad esporre e salvo alcune precisazioni connesse alla effettiva data di efficacia giuridica della fusione che si andrà a realizzare, la scrivente fornisce parere positivo alla disapplicazione della normativa di contrasto alla compensazione intersoggettiva delle perdite fiscali di cui all'articolo 172, comma 7, del TUIR.

In materia di fusioni, si ricorda che, in base a questo articolo, le perdite fiscali delle società partecipanti all'operazione, compresa l'incorporante, possono essere portate in diminuzione del reddito della società risultante dalla fusione, incorporante o beneficiaria:

1. per la parte del loro ammontare che non eccede quello del patrimonio netto della società che riporta le perdite, quale risulta dall'ultimo bilancio o, se inferiore, dalla situazione patrimoniale redatta ai sensi dell'articolo 2501-*quater* del codice civile, senza tener conto dei conferimenti e dei versamenti fatti negli ultimi ventiquattro mesi anteriori alla data cui si riferisce la situazione stessa, neutralizzando così i tentativi volti a consentire un pieno, quanto artificioso, recupero delle perdite fiscali;

2. allorché dal conto economico della società le cui perdite sono oggetto di riporto, relativo all'esercizio precedente a quello in cui la fusione è 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.

Lo stesso comma 7 del menzionato articolo 172 estende l'applicazione del limite sopra indicato "agli interessi indeducibili oggetto di riporto in avanti di cui al comma 4 dell'articolo 96, nonché all'eccedenza relativa all'aiuto alla crescita economica di cui all'articolo 1, comma 4, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214".

La *ratio* delle limitazioni poste dall'articolo 172, comma 7, del TUIR è di contrastare il c.d. commercio di "bare fiscali", mediante la realizzazione di fusioni con società prive di capacità produttiva poste in essere al fine di attuare la compensazione intersoggettiva delle perdite fiscali di una società con gli utili imponibili dell'altra, introducendo un divieto al riporto delle stesse qualora non sussistano quelle minime condizioni di vitalità economica previste dalla disposizione normativa (da ultimo, cfr. la circolare del 9 marzo 2010, n. 9/E).

In proposito, si ricorda che la disposizione in esame richiede che la società, la cui perdita si vuole riportare, sia operativa, negando, in sostanza, il diritto del riporto delle perdite se non esiste più l'attività economica cui tali perdite si riferiscono (cfr. la risoluzione n. 116/E del 24 ottobre 2006, la risoluzione n. 143/E del 10 aprile 2008 e la citata circolare n. 9/E del 2010).

In un'ottica antielusiva, 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 attuata (cfr., tra l'altro, la citata risoluzione n. 143/E del 2008).

Nel caso specifico, va osservato che sia per la A S.p.A. che per la B ricorrono le condizioni di cui al punto sub 2), ma non le condizioni di cui al punto sub 1), mentre, per la C non ricorrono entrambe le condizioni in quanto trattasi di società neocostituita.

Si precisa, tuttavia, che il test di vitalità non è stato determinato sulla base di prospetti di conto economico riferiti alla data giuridica della fusione, poiché la fusione non è stata ancora attuata. Per questo motivo, la presente risposta positiva è ulteriormente condizionata alla verifica che la condizione sub 2) resti valida anche alla data di efficacia giuridica della fusione. Ove, cioè, alla suddetta data, i test di vitalità dovessero risultare non superati, la risposta all'interpello, ancorché positiva, non consentirebbe, di per sé, il riporto delle posizioni soggettive richieste.

La circostanza per la quale una società abbia superato il cd. test di vitalità e che, quindi, esprima una situazione di operatività, non pone, di per sé in condizione la Scrivente di sostenere la disapplicazione del limite patrimoniale di ordine quantitativo, per il semplice motivo che, diversamente, la disposizione del comma settimo dell'articolo 172 del T.u.i.r. avrebbe previsto solo uno dei due limiti, ossia quello concernente la vitalità societaria.

Inoltre, si precisa che in merito alla corretta individuazione del limite del patrimonio netto, la presente risposta è valida soltanto nel caso in cui il riferimento effettuato, per tutte le società, al bilancio chiuso al 29 febbraio 2020 risulti *ex post* corretto. In particolare, affinché risulti verificata tale determinante condizione, è necessario:

1. che la fusione risulti giuridicamente efficace prima della chiusura dell'esercizio iniziato il 1° marzo 2020 che termina a fine febbraio 2021;

2. che nel corso del predetto esercizio non sia possibile determinare una situazione patrimoniale di cui all'articolo 2501-*quater* del Codice civile che presenti un valore di netto inferiore a quello dell'ultimo bilancio adottato dall'istante (quello al 29 febbraio 2020).

Tutto ciò premesso, si riportano quelle motivazioni oggettive individuate nella documentazione inviata dall'istante che, stante la situazione di eccezionalità, consentono, nel loro complesso, di superare anche il limite del patrimonio netto.

In riferimento alla **A** i risultati negativi pregressi non sembrano tali da pregiudicarne la operatività in quanto:

- effettivamente le perdite fiscali sono state prodotte dalla Ex A per fattori contingenti e congiunturali e poi "ereditate" dall'attuale A (ex S) tramite un'operazione di fusione;

- la società dimostra di "riassorbire" *stand alone* le perdite fiscali pregresse come avvalorato dal parziale utilizzo già avvenuto nei recenti periodi di imposta 2015, 2016, 2017 e 2018;

- effettivamente A continua a svolgere la propria attività economica, realizza nuovi investimenti, dimostra di avere ricavi in continua crescita (che si attestano a circa 1.444 milioni di euro al 31 ottobre 2019), ha un elevato numero di lavoratori impiegati (oltre 4.600 teste), ha una rilevante struttura distributiva e commerciale (costituita da circa 236 punti vendita diretti e circa 265 negozi rientranti nel canale indiretto);

- effettivamente, come dichiarato dall'istante, la capitalizzazione delle azioni A sul mercato fornisce un valore economico della società che è superiore al vantaggio fiscale derivante dall'utilizzo delle perdite "tramesse" alla società risultante dalla fusione; ciò nella consapevolezza che, ai fini della presente risposta, l'utilizzo di questo metodo di determinazione del valore può essere adottato solo in considerazione dell'ampio margine esistente tra i due valori posto a confronto.

Anche in riferimento alla **B** i risultati negativi pregressi non sembrano tali da pregiudicarne la operatività in quanto:

- la società ha effettivamente avviato un processo di revisione organizzativa e strutturale finalizzato al progressivo riequilibrio della gestione operativa;

- effettivamente la strategia di incremento dei ricavi e di efficientamento dei costi, attuata dal 2018 a seguito dell'acquisizione da parte di A, ha avuto effetti positivi. La società ha registrato ricavi in incremento (pari a euro 61.811 migliaia nell'esercizio chiuso al 29 febbraio 2020; Euro 59.503 migliaia nell'esercizio chiuso al 28 febbraio 2019) ed ha ridotto la perdita di esercizio ad euro 956 migliaia (perdita pari a Euro 1.927 migliaia nell'esercizio chiuso al 28 febbraio 2019); dal bilancio 2020 è possibile verificare che i principali indici di redditività, seppur ancora di segno negativo, risultano in significativo miglioramento rispetto a quanto riportato nell'esercizio chiuso al 28 febbraio 2019, "in quanto la società ha risentito dell'incremento della quota di acquisti diretti da A (beneficiando di listini di acquisto più competitivi) in parte compensato dalla combinazione della crescente pressione competitiva e dell'aumento nelle richieste di un servizio più puntuale ed efficiente da



parte dei clienti" (cfr. bilancio 2020);

- la A ha acquistato nel mese di giugno 2017 il 100% del capitale di B al prezzo concordato tra le parti di euro 10.000.000 e chiede di trasmettere posizioni soggettive per un ammontare pari ad euro 6.402.885. Il "valore fiscale" di queste ultime è inferiore al prezzo sostenuto per l'acquisto. Ciò consente, di per sé, di presupporre che l'acquisto abbia incluso anche attività operative; al riguardo, per quanto descritto in merito ai miglioramenti gestionali apportati dal nuovo proprietario, non vi sono elementi per considerare del tutto inattendibile il valore della società, nonostante l'acquisto risalga al 2017;

- effettivamente dal bilancio 2020 è possibile verificare che il numero di dipendenti risulta incrementato (37 unità) rispetto al precedente anno (34 unità).

In riferimento alla **C**, dall'istruttoria effettuata è risultato che la società non possa considerarsi una neocostituita a tutti gli effetti, ciò in quanto i 12 negozi le sono pervenuti a seguito di un conferimento di azienda.

I risultati negativi pregressi non sembrano tali da pregiudicarne la operatività in quanto:

- la A ha acquistato alla data del 1° marzo 2019 il 100% del capitale di C S.r.l. al prezzo concordato tra le parti di euro 17.400.000 e chiede di trasmettere posizioni soggettive per un ammontare complessivo pari ad euro 8.436.658 (perdite fiscali riportabili pari a euro 8.031.062 ed eccedenza di interessi passivi indeducibili pari ad euro 405.596). Il "valore fiscale" di queste ultime è notevolmente inferiore al prezzo sostenuto per l'acquisto. Ciò consente, di per sé, di presupporre che l'acquisto abbia incluso anche attività operative;

- come indicato nel bilancio 2020, i risultati negativi sono influenzati dai maggiori costi di natura straordinaria sostenuti nella fase iniziale di avviamento dei negozi e dai maggiori costi per le attività di formazione ed addestramento degli addetti dei punti vendita; detti costi non dovrebbero ripresentarsi a regime nei futuri esercizi;

- d'altra parte, la società ha 317 dipendenti e 12 punti vendita che

continuano ad essere utilizzati nella nuova veste societaria; pertanto, l'attività, cui le posizioni soggettive fiscali da riportare si riferiscono, proseguirebbe successivamente alla operazione di fusione.

Tutto ciò considerato, si rileva che l'operazione di aggregazione aziendale non rappresenta, per le tre società coinvolte nella fusione, l'epilogo di una manovra finalizzata all'indebito utilizzo, da parte del soggetto risultante dall'operazione, di perdite fiscali maturate da società partecipanti alla fusione, la cui attività economica sia ormai inesistente.

In conclusione, per le motivazioni sopra esposte, si ribadisce che nella fattispecie in esame, salvo le riserve e le condizioni sopra rappresentate, possa essere disapplicato il comma 7 dell'articolo 172 del TUIR. Il presente parere viene reso sulla base degli elementi e dei documenti presentati, assunti acriticamente così come illustrati nell'istanza di interpello, nel presupposto della loro veridicità e concreta attuazione del contenuto.

**IL DIRETTORE CENTRALE**

**(firmato digitalmente)**