

In caso di fusione, è sempre possibile disapplicare la norma antielusiva relativa al patrimonio netto per il riporto delle perdite

(CASSAZIONE, Sez. trib., Pres. Cirillo, Est. D'Orazio - Ord. n. 19222 del 31 maggio 2019, dep. il 17 luglio 2019) (*stralcio*)

Imposte sui redditi - Operazioni straordinarie - Fusione - Perdite - Riporto nel limite del patrimonio netto - Deroghe o condizioni di operatività diverse da quelle stabilite - Ammissibilità - Motivazione - Necessità

L'art. 172, comma 7, del T.U.I.R., laddove prevede che le perdite conseguite dalle società partecipanti alla fusione sono riportabili nel limite del patrimonio netto delle stesse, senza tener conto dei versamenti effettuati dai soci nei ventiquattro mesi precedenti la situazione patrimoniale di riferimento, perseguendo l'obiettivo di evitare la fusione di "scatole vuote", cariche solo di perdite, ma di fatto non operative, può consentire deroghe, purché le ragioni vengano motivate.

(Oggetto della controversia: avviso di accertamento per riporto delle perdite, anno 2002)

Rilevato che:

1. L'Agenzia delle entrate, emetteva avviso di accertamento nei confronti della Assemblaggio Stampaggio Meridionale S.p.A. (ASM S.p.A.), per l'anno 2003, per quel che ancora qui rileva, con riferimento al riporto delle perdite emergenti nel periodo di imposta immediatamente precedente (anno 2002) ad una operazione di fusione con Stampitree S.p.A., ai sensi del D.P.R. n. 917 del 1986, art. 123, comma 5, nella formulazione all'epoca vigente. In particolare, secondo l'Agenzia delle entrate tali perdite, indicate al quadro RS dell'anno 2003 non potevano essere portate in deduzione del reddito per gli anni successivi, non essendo state rispettate le condizioni previste dalla norma.

2. La Commissione tributaria provinciale accoglieva il ricorso, ritenendo fondata l'eccezione preliminare sollevata dalla contribuente in ordine al difetto di notifica dell'avviso di accertamento, perché notificato dal messo comunale non abilitato a tale adempimento.

3. La Commissione tributaria regionale, in parziale accoglimento dell'appello articolato dall'Agenzia delle entrate, riteneva corretta la notifica dell'avviso di accertamento a mezzo messo comunale, nominato messo notificatore dal Sindaco il 24-1-1991 in attuazione di delibera della Giunta comunale del 1012-1990 e del decreto del Presidente del Tribunale di Torino del 21-11-1992, con il quale il medesimo era stato autorizzato a svolgere funzioni di messo di conciliazione, essendo, peraltro, stato raggiunto lo scopo ai sensi dell'art. 156 c.p.c., con l'impugnazione tempestiva dell'avviso di accertamento da parte della contribuente. La Commissione regionale rigettava le doglianze della contribuente in ordine alla deducibilità delle perdite riportate in bilan-

cio, dopo la fusione, ai sensi del D.P.R. n. 917 del 1986, art. 123, comma 5.

4. Avverso tale sentenza propone ricorso per cassazione la società, che deposita memoria scritta.

5. Resta intimata l'Agenzia delle entrate.

Considerato che:

(Omissis).

3. Con il terzo motivo di impugnazione la ricorrente si duole della "violazione dell'art. 36, comma 2, n. 4, richiamato dal D.Lgs. n. 546 del 1992, art. 61, nonché dell'art. 132, n. 4 e dell'art. 156 c.p.c., comma 2 e dell'art. 118 disp. att. c.p.c. e dell'art. 111 Cost. Denuncia ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 4, richiamato dal D.Lgs. n. 546 del 1992, art. 62, comma 1", in quanto la motivazione della sentenza è risultata meramente apparente con specifico riferimento alla doglianza di cui al capo d) del rilievo della Agenzia delle entrate, relativo alla contestazione della deducibilità delle perdite per euro 6.619.960,00, in violazione del D.P.R. n. 917 del 1986, art. 123, comma 5, all'epoca vigente, per il mancato rispetto delle condizioni prevista da tale norma, a seguito della fusione. Tale censura, non affrontata dal giudice di prime cure che l'ha ritenuta assorbita, avendo accolto la questione pregiudiziale di inesistenza della notifica dell'avviso di accertamento, è stata ritualmente riproposta in sede di controdeduzioni in appello ai sensi del D.Lgs. n. 546 del 1992, art. 56. La Commissione regionale non ha in alcun modo chiarito le ragioni della infondatezza delle doglianze del contribuente.

3.1. Tale motivo è fondato.

Invero, la fusione è un fenomeno che interessa l'organizzazione patrimoniale e societaria dei soggetti di imposta, ma

Giurisprudenza

non la loro gestione, sicché è un evento fiscalmente neutro ai fini reddituali. In tal modo, in base al principio di "neutralità" la fusione non costituisce realizzo né distribuzione di plusvalenze o minusvalenze. Da questa operazione non può generare né reddito imponibile né perdita deducibile. Inoltre, nella determinazione del reddito della società risultante dalla fusione o incorporante non si tiene conto dell'avanzo o disavanzo iscritto in bilancio. Le plusvalenze "latenti", invece, divengono tassabili con il loro realizzo mediante cessione a titolo oneroso. Pertanto, non rilevano le differenze tra valori reali e fiscalmente riconosciuti dei beni delle società che partecipano alla fusione. I beni ricevuti dalla incorporante assumono lo stesso valore fiscale che avevano presso l'incorporata, ma i divergenti valori contabili e fiscali devono essere annotati in un "prospetto" di riconciliazione da unire alla dichiarazione dei redditi. In caso di successiva cessione dei beni si assume come valore di partenza, per il calcolo della plusvalenza, non il valore contabile del bene, ma il valore fiscalmente riconosciuto, indicato nel prospetto, con la tassazione della plusvalenza latente, non tassata in occasione della fusione.

La società incorporante, quindi, acquisisce il diritto alla utilizzazione delle perdite fiscali pregresse della società incorporata, ma la normativa, al fine di evitare la fusione sia realizzata solo al fine di consentire alla incorporante di "assorbire" le perdite della incorporata, ottenendo solo un beneficio fiscale, prevede dei limiti specifici alla deducibilità di tali perdite.

Il D.P.R. n. 917 del 1986, art. 123, comma 5, all'epoca vigente (ora art. 172, comma 7, nuovo T.U.I.R.), 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. 2502 c.c., senza tenere conto dei conferimenti e versamenti fatti negli ultimi 24 mesi anteriori alla data cui si riferisce la situazione stessa, e sempre che dal conto dei profitti e delle perdite della società le cui perdite sono riportabili, relativo all'esercizio precedente a quello in cui la fusione è stata deliberata, risulti un ammontare dei ricavi, di cui all'art. 2425-bis c.c., parte prima, n. 1 e un ammontare delle spese per prestazioni di lavoro subordinato e relativi contributi, di cui, all'art. 2425-bis c.c., parte seconda, n. 3, superiore al 40% di quello risultante dalla media degli ultimi due esercizi anteriori. Se le azioni o quote della società la cui perdita è riportabile erano possedute dalla società incorporante o da altra società partecipanti alla fusione, la perdita non è comunque 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, e delle plusvalenze di cui al comma 2 iscritte nel bilancio della società risultante dalla fusione o incorporante".

Il requisito in ordine all'ammontare dei ricavi e delle spese per lavoro subordinato è volto ad evitare l'incorporazione di società inattive a fini elusivi ("vitalità" della società).

Il T.U.I.R., art. 123, comma 5, (nel testo vigente "ratione temporis" ed applicabile fino al 31 dicembre del 2003) nel prevedere, quale uno dei criteri per beneficiare del riporto delle perdite in esito alla fusione, che nell'esercizio anteriore alla delibera di fusione risulti un ammontare di ricavi e proventi dell'attività caratteristica e un ammontare delle

spese per prestazioni di lavoro dipendente e relativi contributi superiore al 40% rispetto alla media dei due periodi di imposta immediatamente precedenti, persegue l'obiettivo di evitare la fusione di "scatole vuote" o cariche solo di perdite da portare "in dote" all'incorporante, ma ormai svuotate di ogni concreta operatività, ed esige che la società abbia una residua efficienza, costituendo il limite predetto una presunzione di legge di operatività, rendendo irrilevanti, ai presenti fini, depotenziamenti dell'attività in esso contenuti, ma senza, nel contempo, esigere alcun depotenziamento (Cass., 20 ottobre 2011, n. 21782).

L'altro requisito concerne il *quantum* delle perdite riportabili, che non devono essere superiori al rispettivo patrimonio netto risultante dall'ultimo bilancio.

Invero, per questa Corte, il contenuto assolutamente chiaro del D.P.R. n. 917 del 1986, art. 123, comma 5 (ora art. 172, comma 7), laddove prevede che le perdite conseguite dalle società partecipanti alla fusione sono riportabili nel limite del patrimonio netto delle stesse, senza tener conto dei versamenti effettuati dai soci nei ventiquattro mesi precedenti la situazione patrimoniale di riferimento, così perseguendo l'obiettivo di evitare la fusione di "scatole vuote", cariche solo di perdite, ma di fatto non operative, non consente di ravvisare deroghe o condizioni di operatività diverse da quelle stabilite, non essendo, peraltro, la ricostituzione del capitale sociale un atto dovuto ai sensi dell'art. 2447 c.c. (Cass., 22 dicembre 2016, n. 26697).

Il terzo requisito concerne le fusioni con annullamento quando, prima della incorporazione, la società incorporante ha svalutato la partecipazione dell'incorporanda. In tal caso, si impedisce alla incorporante di dedurre, oltre alla svalutazione dei titoli, anche le perdite pregresse della società incorporata. È possibile, allora, dedurre le perdite anteriori della incorporata, ma fino a concorrenza dell'ammontare complessivo della svalutazione delle azioni o delle quote. Le perdite pregresse hanno, infatti, già trovato un riconoscimento fiscale con la suddetta svalutazione.

La Commissione regionale, a fronte della complessità della normativa citata, ha eluso ogni obbligo di motivazione, limitandosi a richiamare soltanto il contenuto della norma, senza aggiungere alcun elemento di fatto relativo alla fattispecie concreta in esame (cfr. motivazione della CTR "in seguito alla già citata operazione di fusione con Stampitre S.p.A., la appellata (incorporante) ha riportato nella società risultante dalla fusione le perdite emergenti nel periodo d'imposta immediatamente precedente la fusione (2002) sia del incorporante che dell'incorporata. Orbene ai sensi dell'art. 123, comma 5 T.U.I.R. le perdite indicate al quadro RS anno 2003 non possono essere riportate a deduzione dal reddito per gli anni successivi, in quanto non sono state rispettate le condizioni previste dalla stessa norma (come dettagliatamente illustrato ai fogli 62 ss. del PVC) la quale prevede che le perdite possono essere riportate in diminuzione dall'incorporata 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. 2502 c.c., senza tener conto dei conferimenti e versamenti fatti nei 24 mesi anteriori alla data cui si riferisce la situazione stessa. Pertanto le doglianze del contribuente sono infondate").

Il riferimento alla illustrazione dettagliata di cui ai fogli 66 e seguenti del processo verbale di constatazione, in assenza della trascrizione dei passaggi salienti e più rilevanti, non contribuisce in alcun modo a fornire la motivazione della decisione.

La motivazione suddetta è, quindi, del tutto anapodittica e non spiega in alcun modo le ragioni della decisione e l'iter

logico seguito dal giudice di appello, che si è limitato a riportare, peraltro, solo parzialmente il contenuto della norma invocata (art. 123, comma 5, vecchio T.U.I.R.).

(*Omissis*).

6. La sentenza impugnata deve, quindi, essere cassata, in relazione al motivo accolto, con rinvio alla Commissione tributaria regionale della Campania, in diversa composizione, cui domanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

Accoglie il terzo motivo di ricorso; rigetta il primo ed il secondo motivo; dichiara assorbiti il quarto ed il quinto motivo; cassa la sentenza impugnata, in relazione al motivo accolto, con rinvio alla Commissione tributaria regionale della Campania, in diversa composizione, cui domanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità.

Commento

Fabio Gallio (*)

Con ordinanza n. 19222/2019, la Corte di cassazione ha accolto il ricorso di parte contribuente che aveva impugnato una sentenza della CTR della Campania, in quanto i giudici di secondo grado non avevano giustificato il motivo per cui ritenevano indeducibili le perdite fiscali utilizzate successivamente ad una fusione.

In particolare, da quanto si evince dalla motivazione, le società partecipanti alla fusione (sia incorporante, che incorporata), che negli esercizi precedenti avevano realizzato delle perdite fiscali, non rispettavano i requisiti richiesti dall'art. 123 del T.U.I.R. (ora 172) per poterle utilizzare *post* operazione.

La pronuncia in esame si basa sull'interpretazione delle norme antielusive previste per il riporto delle perdite, contenute nell'art. 172, comma 7, del T.U.I.R.

La norma generale che disciplina il riporto delle perdite fiscali è quella prevista dall'art. 84 del T.U.I.R., la quale distingue le perdite fiscali utilizzabili senza limiti di importo (quelle realizzate nei primi tre periodi d'imposta di attività) da quelle con il limite di utilizzo pari all'80% del reddito imponibile realizzato in ciascun periodo d'imposta (quelle realizzate negli anni successivi ai primi tre). Al contrario della precedente versione della norma, attualmente non sono previsti dei limiti temporali nel loro utilizzo. È, inoltre, richiesto il rispetto di alcune norme antielusive nel caso in cui la partecipazione nella società che riporta le perdite venga ceduta a terzi.

Nell'ambito delle operazioni di fusione, esiste una norma specifica che regola l'utilizzo delle perdite realizzate dalle società partecipanti

e limita, ai soli casi in cui siano rispettati determinati parametri economico/patrimoniali e strutturali, la possibilità di riportare in avanti le perdite fiscali in caso di fusione della società che le ha prodotte (art. 172, comma 7, del T.U.I.R.).

Tale norma si propone la finalità antielusiva di disincentivare il commercio delle c.d. bare fiscali, ovvero di società con rilevanti perdite riportabili, ma di fatto non operative, e limitare l'utilizzo "intersoggettivo" delle perdite fiscali (1).

In particolare, viene stabilito che "le perdite delle società che partecipano alla fusione, compresa la società incorporante, possono essere portate in diminuzione del reddito della società risultante 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 dichiarazione stessa, e sempre che dal conto economico della società le cui perdite sono riportabili, relativo all'esercizio precedente 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'art. 2425 del Codice civile, superiori al 40% di quello risultante dalla media degli ultimi due esercizi anteriori".

La norma sopracitata impone ai soggetti interessati alla fusione di fare preliminarmente un *test* sull'operatività, mediante il confronto dei ri-

(*) Cultore di Diritto tributario presso Università degli Studi di Trieste. Avvocato, Dottore commercialista e Revisore legale in Padova. Studio Terrin Associati di Padova e Milano.

(1) Così circolare dell'Agenzia delle entrate n. 9/E del 9 marzo 2010.

Giurisprudenza

cavi dell'esercizio precedente la fusione con la media degli stessi nei due esercizi precedenti. Lo stesso tipo di confronto deve essere operato con riferimento ai costi del personale.

Solo nel caso in cui i ricavi e i costi del personale dell'esercizio precedente l'operazione di fusione siano superiori rispettivamente al 40% della media dei due esercizi precedenti, la società oggetto di analisi è da considerarsi operativa ai fini del riporto delle perdite fiscali.

Il *test* di vitalità risponde, quindi, alla chiara *ratio* di precludere il riporto delle perdite laddove la società abbia subito un depotenziamento rilevante nell'ultimo esercizio chiusosi anteriormente alla delibera di fusione.

Stante il disposto della norma, le perdite conseguite dalle società partecipanti alla fusione sono riportabili nel limite del patrimonio netto delle stesse, senza considerare, tuttavia, i versamenti effettuati dai soci nei ventiquattro mesi precedenti la data della situazione patrimoniale di riferimento.

Ed è proprio su questo requisito che si sofferma l'ordinanza in esame.

Infatti, secondo la Suprema Corte, la sentenza dei giudici di secondo grado risulta essere priva di motivazione, laddove viene specificato che la CTR si è limitata a richiamare soltanto il contenuto della norma antielusiva relativa al patrimonio netto, senza aggiungere alcun elemento di fatto relativo alla fattispecie concreta in esame.

Tale principio, secondo il quale i giudici tributari hanno l'obbligo di esaminare i singoli casi, senza applicare automaticamente la norma antielusiva, sembrerebbe essere condiviso anche dall'Agenzia delle entrate, la quale ha stabilito che, nel caso in cui, nei 24 mesi precedenti, sono stati effettuati versamenti, determinati dagli obblighi civilistici di ripianare le perdite superiori al terzo del capitale sociale e dalla necessità di onorare i debiti pregressi, la norma antielusiva non si applica (2).

Inoltre, la limitazione prevista dalla norma, secondo la tesi erariale, può essere disapplicata in tutti i casi in cui i versamenti possono considerarsi fisiologici, come può avvenire nel contesto di un'operazione di MLBO, oppure quando la riduzione del patrimonio è stata causata dall'applicazione dei principi contabili internazionali (3).

Come riportato dalla dottrina (4), in una risposta ad interpello tuttora non pubblicata, l'Agenzia delle entrate ha ammesso il riporto in avanti anche in assenza di un patrimonio netto contabile capiente, riconoscendo che la riduzione dello stesso nell'esercizio di riferimento (l'esercizio antecedente a quello in cui la fusione è deliberata) è stata dovuta a fattori straordinari.

In queste situazioni viene riconosciuto il diritto di dimostrare in altro modo il carattere non elusivo della fusione (nel caso specifico, mediante la dimostrazione dell'attività svolta, dell'incremento del valore della produzione e del valore dell'attivo calcolato al *fair value* invece che al costo storico).

Pertanto, alla luce di tali chiarimenti, si potrebbe sostenere superabile la tesi secondo la quale il contenuto chiaro di tale disposizione, laddove prevede che le perdite conseguite dalle società partecipanti alla fusione sono riportabili nel limite del patrimonio netto delle stesse, ma al netto dei versamenti effettuati dai soci nei ventiquattro mesi precedenti la data della situazione patrimoniale di riferimento, non consente di ravvisare deroghe o condizioni di operatività diverse da quelle in essa previste (5).

Secondo tale rigida interpretazione, qualsiasi versamento effettuato dai soci avrebbe rilevanza, anche se finalizzato alla copertura di perdite rilevanti ai sensi dell'art. 2447 del Codice civile, considerato che la norma non prevede alcuna distinzione tra versamenti obbligatori e volontari, né che i limiti quantitativi imposti debbano essere valutati alla presenza o meno di intenti elusivi in capo ai soggetti che li effettuano.

Infine, si ricorda che, relativamente alla data di riferimento del patrimonio netto, l'Agenzia delle entrate ha chiarito che la locuzione "ultimo bilancio", contenuta nell'art. 172, comma 7, primo periodo, del T.U.I.R., 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 (6).

(2) Risposta ad interpello Agenzia delle entrate 17 dicembre 2018, n. 109.

(3) Risposta ad interpello Agenzia delle entrate 24 dicembre 2018, n. 127.

(4) F. Susini, "Fusione con perdite fiscali riportabili in caso

di eventi contabili straordinari", in *Il Sole - 24 Ore* del 19 luglio 2019, pag. 22.

(5) Cfr. Cass. 22 dicembre 2016, n. 26697.

(6) Risoluzione Agenzia delle entrate 9 maggio 2011, n. 54/E.