

NUOVE REGOLE PER IL TEST DI VITALITÀ ECONOMICA A VALLE DELLE OPERAZIONI DI SCISSIONE (CIRCOLARE N. 31/E/2022)

di *Matteo Tambalo* – Dottore Commercialista e TEP in Verona e Milano
e di *Chiara Chirico* – Avvocato in Verona e Milano

in questo articolo...

Nell'ambito delle operazioni di scissione, la riportabilità delle posizioni fiscali pregresse è subordinata alla sussistenza di requisiti volti ad accertarne la effettiva capacità di assorbimento da parte della società risultante dall'operazione straordinaria, in un'ottica antielusiva. L'Agenzia delle Entrate è intervenuta con Circolare n. 31/E/2022 modificando il proprio orientamento in punto di modalità di accertamento del requisito della c.d. vitalità economica in capo alla società scissa, in una prospettiva sostanzialistica.

Con la Circolare n. 31/E dello scorso 1° agosto 2022, l'Agenzia delle Entrate è intervenuta per aggiornare il proprio precedente orientamento in merito al riporto delle perdite fiscali, degli interessi passivi indeducibili e delle eccedenze relative all'Aiuto alla Crescita Economica nell'ambito delle operazioni di scissione. Attraverso il documento, è stata rivista l'interpretazione in punto di requisiti necessari per consentire ai soggetti interessati dall'operazione straordinaria la compensazione intersoggettiva delle suddette posizioni fiscali, con riferimento al duplice test del patrimonio netto e della c.d. vitalità economica previsti dall'articolo 172, comma 7, del TUIR.

Con particolare riferimento alla verifica del limite di vitalità della società beneficiaria della scissione, la circolare ha introdotto una impostazione che adegua tale accertamento al tipo di compendio effettivamente attribuito alla società beneficiaria medesima, che ben può essere rappresentato da singoli asset non costituenti azienda. È stato quindi inaugurato un approccio di tipo sostanzialistico che pone l'attenzione al compendio assegnato sulla base del quale individuare i criteri *ad hoc* per indagarne le prospettive di redditività.

■ IL DOPPIO TEST PREVISTO DALL'ARTICOLO 172, COMMA 7 DEL TUIR

Le modalità di riporto delle perdite pregresse e delle altre posizioni fiscali nell'ambito della scissione sono stabilite dall'articolo 173, comma 10, del TUIR. Ai sensi di tale disposizione, alle perdite fiscali, agli interessi indeducibili oggetto di riporto in avanti di cui al comma 5 dell'articolo 96 del TUIR, nonché all'eccedenza relativa all'aiuto alla crescita economica di cui all'articolo 1, comma 4, del D.L. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla Legge 22 dicembre 2011, n. 214, delle società che partecipano alla scissione si applicano le disposizioni del comma 7 dell'articolo 172.

La disposizione richiamata disciplina limitazioni all'utilizzo delle perdite che sono applicabili sia alla società scissa (equiparata a tale fine alla società fusa o incorporata), sia alla società beneficiaria (equiparata all'incorporante o alla società risultante dalla fusione), imponendo due ordini di limiti, quello patrimoniale e quello della vitalità economica.

Quanto al primo, **le perdite possono essere riportate nel limite del minore tra il valore del patrimonio netto risultante dall'ultimo bilancio redatto e il valore del patrimonio netto risultante dalla situazione patrimoniale di cui all'art. 2501-quater del Codice civile.** Nella determinazione del patrimonio netto non vanno computati i conferimenti e i versamenti effettuati negli ultimi ventiquattro mesi, inclusi i conferimenti in natura aventi per oggetto beni materiali o immateriali quali la ditta, il marchio, il brevetto, l'azienda e i crediti.¹ Al riguardo, l'Agenzia delle Entrate² ha precisato che, poiché il limite in esame risponde all'esigenza di confrontare due termini omogenei, e cioè le perdite fiscali pregresse alla data di efficacia giuridica della fusione e il patrimonio netto esistente a tale data, la locuzione "ultimo bilancio" debba essere intesa quale bilancio relativo all'ultimo esercizio chiuso prima della data di efficacia giuridica della fusione, ancorché non ancora approvato.

Il secondo è il **limite di vitalità che richiede che dal conto economico della società, le cui perdite sono riportabili, relativo all'esercizio precedente a quello in cui l'operazione 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, su perieore al 40 per cento di quello risultante dalla media degli ultimi due esercizi anteriori.**

Il riporto delle perdite, oltre che parametrato al patrimonio netto, è in ultima analisi determinato dalla sussistenza della "vitalità" della società, testimoniata da parametri quali i ricavi³, i proventi e le spese per prestazioni di lavoro subordinato. L'Agenzia delle Entrate ha in più occasioni precisato 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.⁴

Volendo distinguere la posizione della società scissa da quella della società beneficiaria ai fini dell'applicazione dei suddetti limiti, alla prima non trovano applicazione le limitazioni previste dall'art. 173 comma 10 con riferimento alle perdite dalla stessa maturate e non trasferite alla beneficiaria, non essendo applicabile alle perdite rimaste in carico alla società scissa la disposizione antielusiva ivi contenuta, in quanto - non realizzandosi in capo alla stessa alcuna concentrazione soggettiva - non sussiste il rischio che le stesse possano essere indebitamente compensate con redditi di una diversa organizzazione.⁵

¹ M. Leo, *le imposte sui redditi nel Testo Unico*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 2879.

² Risoluzione 9 maggio 2011, n. 54/E.

³ Con riferimento ai ricavi, tenendo a mente l'ottica antielusiva della norma, l'Agenzia delle Entrate con Risoluzione n. 183/E del 13 luglio 2009 ha precisato che i ricavi che devono essere considerati ai fini del "test di operatività" in un caso di scissione sono quelli caratteristici, senza che possa essere ammessa la possibilità di procedere ad una omogeneizzazione dei ricavi nell'ipotesi in cui nei tre anni da prendere a riferimento per il calcolo l'attività sia in qualche modo variata.

⁴ In questo senso la Risoluzione 24 ottobre 2006, n. 116/E, Risoluzione 10 aprile 2008, n. 143/E, Risoluzione 9 maggio 2011, n. 54/E e Circolare 30 marzo 2016, n. 6/E.

⁵ Risoluzione 30 giugno 2009, n. 168/E.

Quanto alla società beneficiaria, equiparata ai presenti fini alla società risultante dalla fusione o all'incorporante, il rischio di elusione legato alla "compensazione intersoggettiva" delle perdite sussiste solo nel caso in cui la beneficiaria stessa preesista alla scissione e non sia, quindi, di nuova costituzione; in tal caso, le limitazioni alla riportabilità riguardano tanto le perdite fiscali pregresse realizzate dalla stessa beneficiaria quanto quelle trasferite dalla scissa.

In altre parole, secondo le indicazioni fornite dall'Amministrazione finanziaria, la società beneficiaria dovrà:

- (i) applicare le limitazioni contenute nel comma 10 alle proprie perdite, confrontando l'ammontare delle stesse con il proprio patrimonio netto (al netto dei conferimenti e dei versamenti effettuati nei 24 mesi precedenti), nel rispetto degli indicatori di vitalità;
- (ii) applicare le medesime limitazioni alle perdite della società scissa, confrontando l'ammontare di quelle da questa trasferite alla beneficiaria con il patrimonio netto ricevuto per effetto della scissione dalla beneficiaria stessa (rettificato dei conferimenti e dei versamenti effettuati nei 24 mesi precedenti), in ogni caso rispettando il test di vitalità economica in capo alla società scissa. In caso di società beneficiaria preesistente all'operazione di scissione si realizza, infatti, un'aggregazione di soggetti (del tutto analoga a quella che si realizza in ipotesi di fusione per incorporazione) e sussiste, pertanto, un possibile rischio di compensazione delle perdite pregresse provenienti dalla società scissa con redditi di un soggetto diverso, o viceversa.⁶

■ LA RATIO DELLA NORMATIVA DI CUI ALL'ART. 172 COMMA 7 DEL TUIR E LA NATURA ANTIELUSIVA

Cogliere la *ratio* delle limitazioni suddette è passaggio chiave per comprendere il cambio di rotta dell'Agenzia delle Entrate con la circolare in commento. Del resto, è la stessa Amministrazione finanziaria a dichiarare espressamente nel documento di prassi come il superamento dei precedenti chiarimenti si rendesse opportuno proprio per ragioni di coerenza con la *ratio* delle disposizioni in esame.⁷

Ebbene, le limitazioni poste dall'articolo 172, comma 7, del TUIR perseguono l'obiettivo 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.

In materia di scissioni, la posizione della società beneficiaria della scissione è stata equiparata a quella della società risultante dalla fusione (o all'incorporante) osservando come il rischio di elusione legato alla "compensazione intersoggettiva" delle perdite sussiste solo nel caso in cui la beneficiaria stessa preesista alla scissione e non sia, quindi, di nuova costituzione.⁸

⁶ Circolare 9 marzo 2010, n. 9/E.

⁷ Circolare 1° agosto 2022, n. 31/E, pag. 4.

⁸ Principio affermato nella Circolare 9/E/2010 e ripetutamente ribadito anche nelle risposte ad interpello intervenute in materia.

Qualora, cioè, la società beneficiaria venga costituita contestualmente e per effetto dell'operazione di scissione, così che il suo patrimonio provenga unicamente dalla scissa, nessun effetto elusivo è ravvisabile con riferimento al riporto delle perdite maturate dalla scissa e trasferite insieme al ramo scisso alla beneficiaria. In tali ipotesi, infatti, la società beneficiaria non è la risultante dell'unione di più organizzazioni, ma, piuttosto, parte di una preesistente organizzazione che, per mezzo dell'operazione di scissione, si è divisa in più centri di imputazione e che - per ragioni di ordine logico sistematico - mantiene il diritto a riportare le perdite senza limiti, senza necessità di presentare interpello disapplicativo.⁹

È sempre in un'ottica antielusiva che, come sopra accennato, i requisiti minimi di vitalità economica debbono sussistere non solo nel periodo precedente alla fusione/scissione, così come si ricava dal dato letterale, bensì debbono continuare a permanere fino al momento in cui l'operazione viene attuata. 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 deve 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.¹⁰

In questo senso, la disposizione verrebbe privata della sua portata antielusiva qualora fosse consentito il riporto delle perdite fiscali ad una società che è stata completamente depotenziata nell'arco di tempo intercorrente fra la chiusura dell'esercizio precedente alla delibera di fusione e la data di efficacia giuridica dell'operazione medesima.

Ne consegue che l'Amministrazione finanziaria, su richiesta del contribuente, può disapplicare la norma in commento solo qualora venga dimostrato che l'operazione di fusione non rappresenta l'epilogo di una manovra elusiva consistente nella fusione di una società priva di vitalità economica, allo scopo di decurtare il reddito imponibile di una delle altre società partecipanti con le perdite fiscali accumulate dall'altra società negli esercizi precedenti la fusione, la cui attività economica sia ormai inesistente.¹¹

■ LE APERTURE DELL'AMMINISTRAZIONE FINANZIARIA CHE HANNO PORTATO ALLA CIRCOLARE IN COMMENTO

Nelle fusioni/scissioni societarie, il mancato superamento di uno o di entrambi i test previsti dall'art. 172 comma 7 del TUIR per il riporto delle posizioni fiscali pregresse non esclude automaticamente detto riporto ma, stante la natura antielusiva della norma, residua la possibilità di richiederne la disapplicazione, presentando un Interpello ai sensi dell'articolo 11, comma 2, della Legge n. 212/2000.

Recentemente l'Agenzia delle Entrate, in una serie di casi riferiti al mancato superamento del limite patrimoniale, ha ciononostante fornito parere positivo al riporto ritenendo sussistente, oltre all'assenza di finalità elusive, l'elemento della c.d. "redditività prospettica".

⁹ Risposta Interpello Agenzia Entrate 10 maggio 2022 n. 252.

¹⁰ Risoluzione 10 aprile 2008, n. 143.

¹¹ Circolare 9 marzo 2010, n. 9/E.

In un primo intervento, l'Agenzia delle Entrate ha chiarito che la *ratio* sottesa alla previsione del c.d. "limite patrimoniale" risiede, secondo quanto emerge dalla stessa relazione governativa, nella volontà del Legislatore di

"attuare una soluzione equilibrata che pur mantenendo fermo il diritto del riporto delle perdite, eviti che per mezzo della fusione si trasmettano deduzioni del tutto sproporzionate alle consistenze patrimoniali delle società fuse o incorporate"

Ne ha desunto che il Legislatore fiscale ha, perciò, individuato nel suddetto limite patrimoniale un indice, ancorché approssimativo, in grado di misurare la capacità della società - intesa come autonoma organizzazione e prima dell'integrazione dei patrimoni delle società partecipanti alla fusione - di produrre in futuro redditi imponibili tali da compensare le perdite fiscali pregresse riportate.¹²

In questa prospettiva, si tratterebbe quindi di dimostrare che la società possedeva, prima della scissione, il potenziale per continuare a svolgere la propria attività anche in assenza dell'operazione straordinaria.

Più in particolare, è nella Risposta a Interpello 28 dicembre 2021 n. 864, resa proprio con riferimento ad un'operazione di scissione, che l'Agenzia delle Entrate ha prefigurato quanto poi confluito in via generale nella Circolare n. 31/E/2022.

Il caso aveva ad oggetto una richiesta di disapplicazione dell'articolo 172, comma 7, del TUIR con riferimento al limite del patrimonio netto del compendio scisso che non era espressione di un ramo di azienda ma rappresentativo di un coacervo di beni.

L'Ufficio, nel rigettare la richiesta dell'istante, ha affermato che per poter essere disapplicato il limite del patrimonio netto occorre che i plusvalori latenti espressi dallo stesso siano almeno pari a tutte le posizioni fiscali di cui il compendio è stato dotato.

In quel caso l'istante non aveva dimostrato che il compendio scisso avrebbe avuto una autonoma capacità di produrre in futuro redditi imponibili tali da poter compensare le posizioni fiscali pregresse eccedenti di cui si chiedeva il riporto.

Invero, nel caso di specie, il compendio scisso appariva rappresentare soltanto un patrimonio formale senza alcuna struttura apprezzabile sotto il profilo produttivo e/o commerciale. In altri termini, non è stato dimostrato che il compendio scisso, in una ipotesi *stand alone* e prima dell'integrazione dei patrimoni delle società partecipanti alla scissione, avesse dei plusvalori latenti e/o delle prospettive reddituali in grado di assorbire tutte le posizioni fiscali portate in dote alla scissione in esame anche per la parte eccedente al suo patrimonio netto.

■ LE NUOVE INDICAZIONI DELLA CIRCOLARE 31

La Risposta a Interpello da ultimo citata conduce direttamente al contenuto della Circolare n. 31 che, nella sostanza, ne recepisce le conclusioni.

L'Agenzia delle Entrate ha anzitutto ricapitolato l'impostazione assunta con Circolare n. 9/2010, in particolare nel punto in cui aveva assoggettato al doppio test, del patrimonio netto e di vitalità, tanto la società beneficiaria quanto la scissa.

¹² Risoluzione 9 maggio 2011, n. 54, sono poi seguite nel ribadire lo stesso concetto le Risposte a Interpello 21 marzo 2022 n. 124, 4 febbraio 2022 n. 73 e 74, e 29 dicembre 2021 n. 880.

In particolare, il punto che ad avviso dell'Amministrazione finanziaria avrebbe dato luogo alle "criticità" che hanno portato all'intervento in commento è proprio quello in cui anche la società scissa dovrebbe in ogni caso sottoporsi al test di vitalità economica. Dette criticità sarebbero

"apprezzabili sul piano della coerenza del suddetto chiarimento con la ratio delle disposizioni in commento, che ne rendono opportuno un superamento".

L'Ufficio prende quindi le distanze dalla precedente necessità di procedere *tout court* al test di vitalità sulla società scissa, distinguendo il caso in cui la scissa trasferisca alla beneficiaria un ramo di azienda, dal diverso in caso in cui trasferisca un compendio non costituente ramo di azienda.

Se nel primo caso il test di vitalità continuerà a dover essere effettuato avendo riguardo ai dati contabili relativi al compendio scisso, nel secondo caso è necessario individuare criteri alternativi che siano comunque indicativi della vitalità del compendio scisso e della sua capacità di riassorbire le posizioni fiscali soggettive trasferite alla società beneficiaria.

La vitalità economica va quindi parametrata sul compendio scisso (e non più sulla società scissa), il mancato riscontro della quale condurrà alla presunzione che lo stesso non abbia la capacità di riassorbire con propri redditi imponibili futuri le posizioni fiscali trasferite alla società beneficiaria.

Alla tipologia di compendio oggetto della scissione si adeguano anche i parametri di accertamento della vitalità, che seguiranno i dati contabili in caso di compendio costituente azienda o ramo di azienda, mentre utilizzeranno criteri *ad hoc* nel caso di trasferimento di singoli asset o comunque di complessi di beni non costituenti azienda¹³.

In definitiva, il riferimento della vitalità economica non è più la società scissa, ma il solo compendio oggetto di scissione, al fine di verificare se lo stesso sia già di per sé rappresentativo di una propria vitalità economica in grado di riassorbire le posizioni fiscali soggettive trasferite.

Sulla base dei chiarimenti resi con Risposta a Interpello n. 864, che di fatto anticipa il contenuto della Circolare 31/E, occorre, in concreto, dimostrare che il compendio scisso non rappresenti soltanto un patrimonio formale senza alcuna struttura apprezzabile sotto il profilo produttivo e/o commerciale ma che sia in grado, in un'ottica di *stand alone* e senza l'integrazione dei patrimoni delle società partecipanti alla scissione, di presentare plusvalori latenti e/o prospettive reddituali in grado di "assorbire" tutte le posizioni fiscali portate in dote alla scissione in esame anche per la parte eccedente al suo patrimonio netto.

■ IMPLICAZIONI PRATICHE E CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La dottrina non ha mancato di segnalare le complessità potenzialmente connesse al *revirement* dell'Agenzia delle Entrate.

Viene da taluno segnalato come non sia affatto chiaro come l'eventuale compromissione, in capo alla beneficiaria, del diritto all'integrale riporto delle perdite pregresse trasferite a causa dell'incapienza contabile di quanto ricevuto, si raccordi con l'esistenza, in ipotesi di scissione

¹³ Si tratterà ad esempio di verificare la capacità dei beni assegnati di generare autonomi flussi di reddito mediante il loro sfruttamento (tramite contratti di locazione o concessione in uso a terzi), oltre che il possesso di plusvalori latenti in capo agli stessi.

di beni non integranti un'azienda, di sufficienti plusvalori latenti nei beni trasferiti. Nello stesso tempo ci si chiede se non sia piuttosto tempo di passare ad un sistema di automatismi attivabili dal contribuente in modo libero e generalizzato.¹⁴

Ancora, nella nuova prospettiva sarebbero da registrarsi anche difficoltà dal punto di vista operativo, nonché un'incertezza applicativa legata all'assenza di un'indicazione precisa - nel dettato normativo dell'art. 173, comma 10 - degli elementi da considerare al fine di verificare la presunzione di vitalità, seppure compensata dalla attenzione maggiore alle caratteristiche del compendio, con la possibilità di verificare la vitalità economica anche discostandosi dai parametri ordinari previsti dalla normativa.¹⁵

In un'ottica più generale, c'è anche chi si domanda se abbia ancora ragione d'essere l'operatività del limite del patrimonio netto. Se infatti il requisito della vitalità appare ancora oggi mantenere una propria funzionalità nell'ottica di contrastare il "commercio di bare fiscali", ove si consideri che le perdite maturate in un periodo d'imposta possono essere riportate in avanti fino al loro completo esaurimento, sembrerebbe essere venuta meno qualsivoglia giustificazione per continuare a ritenere operante il limite del patrimonio netto. In questo senso, una volta soddisfatto il requisito della vitalità, non si vede per quale ragione una società dovrebbe perdere la possibilità di utilizzare le perdite realizzate in precedenti periodi d'imposta per il semplice fatto di partecipare a un'operazione straordinaria.¹⁶

Questa considerazione, che guarda ad un superamento del primo dei due limiti alla riportabilità delle posizioni fiscali, in uno con la nuova prospettiva elastica di accertamento della vitalità economica, effettivamente sembrano condurre verso un ulteriore alleggerimento di oneri probatori e documentali e quindi verso l'opzione della semplificazione e dell'automatismo, in ogni caso contestabile da parte dell'Agenzia delle Entrate laddove ravveda profili di abuso.

¹⁴ E. Lo Presti Ventura, *nelle scissioni destino incerto per le perdite pregresse*, Eutekne, info, 30 settembre 2022.

¹⁵ M. ANTONINI, E.C. PAVESI, *Modalità di attribuzione e riporto delle posizioni soggettive nell'ambito delle operazioni di scissione*, in *Il fisco*, n. 40/2022, p. 3829.

¹⁶ M. LEO, *Le imposte sui redditi nel Testo Unico*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 2885.