

Risposta n. 333

OGGETTO: *Articoli 172, comma 7, e 173, comma 10, del TUIR di cui al d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917
Disapplicazione limite del riporto delle perdite fiscali pregresse*

QUESITO

ALFA S.p.A. (in seguito, “Istante”, “Società” o “Contribuente”) ha presentato due distinte istanze di interpello: una prima istanza c.d. “antiabuso”, ai sensi dell’articolo 11, comma 1, lettera *c*), della legge 27 luglio 2000, n. 212 (in relazione alla quale è già stata fornita risposta) e una seconda c.d. “disapplicativa”, ai sensi del comma 2 del citato articolo 11, ai fini della disapplicazione delle limitazioni di cui all’articolo 172, comma 7, del TUIR.

La presente risposta prende in considerazione il solo esame della richiesta disapplicativa del limite del riporto delle perdite fiscali pregresse dei soggetti coinvolti ai sensi degli articoli 172, comma 7, e 173, comma 10, del TUIR, nei limiti di quanto rappresentato dalla Società.

L’Istante detiene lo ... per cento del capitale sociale di GAMMA Gruppo S.p.A. (in breve, “GAMMA”) per effetto di una riorganizzazione del Gruppo GAMMA avvenuta nel corso del ... che ha interessato principalmente BETA S.p.A (in seguito “BETA”), società di partecipazione finanziaria mista, Capogruppo del Conglomerato ... GAMMA, operante principalmente nel settore

....

BETA, il cui capitale sociale è composto da società ... fino al ... detiene il ... per cento del capitale di GAMMA, emittente azioni quotate. GAMMA a sua volta è la Capogruppo del Gruppo ... GAMMA.

...

Per questo motivo, il Consiglio di Amministrazione di BETA (in breve, "CdA"), in data ..., avvia un progetto di riorganizzazione societaria ... per semplificare e rendere più efficiente la struttura del conglomerato ... facente capo alla medesima, mantenendone inalterati gli equilibri e gli assetti di controllo e di *governance*.

Il predetto CdA individua:

1. nella scissione totale non proporzionale di BETA l'operazione più efficace per consentire di attribuire a GAMMA il ruolo di nuova *holding* del Conglomerato ...;
2. nella stipula di un apposito Patto parasociale tra gli ex soci di BETA lo strumento più adatto per mantenere inalterati gli attuali assetti di *governance*.

...

In relazione al punto *sub 1)*, l'Istante precisa che la scissione totale di BETA è seguita dall'incorporazione delle beneficiarie da parte di rispettivi soci unici che alla fine deterranno direttamente le partecipazioni in GAMMA. Più precisamente:

- i. il ... (con effetto dal ...) avviene la scissione totale di BETA a favore di un numero di società per azioni neo costituite (in breve "*NewCo*" o "beneficiarie") pari al numero dei soci della stessa (n. ..). Ciascuna beneficiaria è interamente partecipata da un singolo socio di BETA.

L'operazione comporta l'assegnazione a ogni *NewCo* di una quota del patrimonio netto contabile (PNC) di BETA, proporzionale alla percentuale di capitale sociale detenuta dai singoli soci di quest'ultima. Tale quota è rappresentata da:

- a) una parte della partecipazione azionaria detenuta in GAMMA;

b) una quota di indebitamento.

La partecipazione in GAMMA del ... per cento detenuta da BETA è quindi così ripartita:

...

Le *NewCo* chiudono il primo esercizio sociale al ... ad eccezione di ... S.p.A. che chiude il ...;

- ii. in seguito alla descritta scissione, ogni ex socio BETA, eccetto ... S.p.A., trasferisce alla rispettiva beneficiaria, un importo a titolo di finanziamento soci gratuito e senza scadenza al fine di estinguerne l'indebitamento;
- iii. dopo l'azzeramento dell'indebitamento, entro il ..., i soci unici delle beneficiarie incorporano mediante fusione le rispettive *NewCo* in quanto le beneficiarie, quali *holding* con unico *asset* (*i.e.* la partecipazione in GAMMA), hanno di fatto esaurito la loro funzione. Fa eccezione la beneficiaria ... S.p.A.

Alla fine, mediante le descritte operazioni, viene semplificata la catena di controllo in GAMMA, riducendo conseguentemente gli oneri amministrativi.

In merito al punto *sub 2)* (*i.e.* patto parasociale), per mantenere, senza soluzione di continuità, un assetto di controllo e di *governance* equivalente a quello esistente in capo a BETA, il ..., con efficacia dal ... dello stesso anno, le beneficiarie e i rispettivi soci unici stipulano un Patto Parasociale avente ad oggetto azioni di GAMMA per il ... per cento del capitale sociale di quest'ultima con diritto di voto. Tale accordo sostanzialmente riproduce le regole di *governance* e di circolazione azionaria presenti nello statuto sociale di BETA.

...

Riguardo alla fattispecie riferibile all'Istante e oggetto del presente interpello, il Contribuente riferisce che:

- 1. al ... (data di chiusura dell'esercizio) non ha perdite fiscali pregresse e per l'esercizio chiuso al ... è previsto un utile civilistico e fiscale nonché supera

sia il test di vitalità sia il c.d. limite patrimoniale di cui all'articolo 172, comma 7, del TUIR;

2. con riferimento alla scissione totale non proporzionale di BETA:

- i. tale operazione interrompe il Consolidato fiscale di cui la scissa era Consolidante. Tale evento comporta l'attribuzione a BETA di perdite fiscali per euro ..., alle quali si aggiunge la perdita fiscale maturata dalla stessa BETA nel periodo

Le perdite in oggetto derivano dalla natura di *holding* di BETA e per effetto della scissione sono assegnate alle beneficiarie in proporzione alla rispettiva quota di patrimonio netto ricevuta. *ALFA bis* S.p.A. (in breve, "*ALFA bis*") è destinataria di perdite fiscali "ex BETA" per euro ...;

- ii. BETA supera sia il test di vitalità sia il c.d. limite patrimoniale di cui all'articolo 172, comma 7, del TUIR cui rimanda il successivo articolo 173, comma 10;
- iii. per *ALFA bis* non è possibile procedere alla verifica del test di vitalità di cui al punto precedente in quanto è nel suo primo periodo d'imposta e dunque mancano i dati degli esercizi precedenti. Ad ogni modo, la situazione *infrannuale* evidenzia un utile civilistico (derivante dai dividendi distribuiti da BETA) e fiscale. Inoltre, il suo patrimonio netto risulta adeguato ai sensi dell'articolo 172, comma 7, del TUIR in considerazione delle perdite fiscali assegnate. Queste ultime, infatti, sono di euro ... a fronte di un patrimonio netto di euro;
- iv. l'operazione non è caratterizzata dalla presenza di riserve in sospensione d'imposta da ricostruire ai sensi dell'articolo 173, comma 8, del TUIR, ha permesso "*la divisione di un complesso aziendale in distinti sistemi economici effettivamente operanti*" "*realmente operativi e dediti ad un'effettiva attività imprenditoriale*" (cfr. Parere Comitato consultivo 4 ottobre 2006, n. 29 e 15 dicembre 2005, n. 57) e non è preordinata alla "*successiva cessione o donazione delle quote*" comportando la

“trasformazione delle plusvalenze su singoli beni in plusvalenze su partecipazioni” (cfr. Risoluzione 22 marzo 2007, n. 56/E). La finalità dell’operazione è la ristrutturazione del Conglomerato GAMMA semplificando e rendendo più efficiente la sua struttura;

3. relativamente alla successiva fusione per incorporazione, alla data di presentazione dell’istanza (*i.e.* ...), la Società ha fuso per incorporazione *ALFA bis* con effetto dal ..., fermo restando che le operazioni *medio tempore* compiute da quest’ultima sono imputate nel bilancio dell’incorporante dal 15 dicembre 2017 (*i.e.* decorrenza degli effetti contabili e fiscali). *ALFA bis* non ha riserve in sospensione d’imposta da ricostruire ai sensi del comma 5 dell’articolo 172 del TUIR;
4. lo statuto della Società non ha subito alcuna modifica per effetto della fusione in commento.

A seguito di richiesta di chiarimenti da parte della Scrivente, l’Istante ha presentato documentazione integrativa, acquisita con prot. R.U. n. ... del

SOLUZIONE INTERPRETATIVA PROSPETTATA DAL CONTRIBUENTE

La Società ritiene che, nel caso della descritta scissione, le limitazioni di cui all’articolo 173, comma 10, del TUIR non trovino applicazione in quanto non vi sarebbe alcun rischio di compensazione intersoggettiva delle perdite (e delle eccedenze ACE) avvenendo la scissione a favore di soggetti appositamente costituiti e che, nel caso della successiva fusione, le limitazioni di cui all’articolo 172, comma 7, del TUIR possano essere disapplicate in quanto non si verificherebbe l’effetto che tali limitazioni intendono precludere. Infatti, secondo la Società, l’operazione di fusione non darebbe luogo ad alcun vantaggio fiscale contrario alle previsioni dell’articolo 172.

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 dalla Società nell'istanza, alla quantificazione delle eventuali eccedenze ACE, alla sussistenza dei requisiti di cui all'articolo 87 del TUIR (*i.e.* regime di *participation exemption*), nonché all'ammontare delle perdite fiscali pregresse di BETA o della beneficiaria della riorganizzazione. 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, già oggetto di parere reso dalla scrivente.

In materia di fusioni e scissioni, si ricorda che per il combinato disposto degli articoli 172, comma 7, e 173, comma 10, del TUIR, le perdite fiscali delle società partecipanti a tali operazioni possono essere portate in diminuzione del reddito della società risultante dalla fusione, incorporante o beneficiaria della scissione:

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 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. a condizione che la società, le cui perdite sono oggetto di riporto, non sia una "bara fiscale". Tale presupposto si realizza quando dal suo conto economico, 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.

La *ratio* delle limitazioni poste dall'articolo 172, comma 7, del Tuir (richiamato anche dall'articolo 173, comma 10, del Tuir per quanto riguarda le scissioni) è di contrastare 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 norma (da ultimo, *cfr.* la circolare n. 9/E del 9 marzo 2010).

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).

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).

Nell'ambito delle operazioni di scissione, invece, si osserva come il rischio di elusione legato alla "compensazione intersoggettiva" delle perdite sussista solo nel caso in cui la beneficiaria della scissione preesista alla scissione stessa e non sia, quindi, di nuova costituzione; in quest'ultimo caso (società beneficiaria costituita per effetto della scissione), le limitazioni alla riportabilità recate dall'articolo 173, comma 10, del Tuir non trovano applicazione in

relazione alle perdite fiscali trasferite dalla scissa (cfr., nel dettaglio, la citata circolare n. 9/E del 2010).

Con riferimento al caso di specie, va osservato che l'intera operazione rappresentata ha comportato, nel suo concreto evolversi, il "trasferimento" delle perdite fiscali conseguite da BETA, a favore della Società, in proporzione alla quota di patrimonio netto di spettanza della stessa Società (già socia della BETA); perdite che, attraverso le operazioni poste in essere nel loro complesso, sono state – di fatto – "convogliate" in quest'ultima per il tramite della società beneficiaria neocostituita (e totalmente controllata dalla Società).

Ciò posto, per quanto concerne BETA ricorrono le condizioni di cui ai punti *sub 1)* e *sub 2)* – e quindi non c'è alcuna necessità di disapplicazione dei menzionati articoli 172, comma 7, e 173, comma 10, del TUIR – in quanto negli esercizi dal ..., nonché nel periodo ...:

- il patrimonio netto è di circa ... euro;
- i ricavi sono sempre superiori ai ...euro e le spese del personale superiori a ... euro (.. nel periodo ...);

Del pari, in relazione all'Istante, *holding* di partecipazioni:

- negli esercizi chiusi al ... e ..., il patrimonio netto è superiore ai ... euro;
- negli ultimi 3 esercizi, i proventi finanziari sono superiori ai ... euro mentre le spese del personale risultano superiori a .. euro. Se ne desume il superamento del limite del 40 per cento della media delle voci in esame relative ai due esercizi anteriori (*i.e.* ...);
- non sono presenti perdite fiscali, mentre le eccedenze ACE riportabili ammontano a circa euro ... (cfr. Modello SC 2017).

Alla luce di quanto sopra, il transitorio passaggio delle predette perdite fiscali ed eccedenze ACE per la società beneficiaria-veicolo destinata a fondersi, e quindi per sua natura, priva dei requisiti di cui menzionati articoli 172, comma 7, e 173, comma 10 del TUIR, non può rappresentare una manovra specificamente volta al "commercio di bare fiscali", dal momento che le due società coinvolte, a

prescindere dal veicolo transitorio, non integrano entrambe i requisiti previsti dai menzionati articoli 172, comma 7, e 173, comma 10, del TUIR.

Pertanto, sulla base delle dichiarazioni e delle affermazioni dell'istante, nonché dell'analisi del contenuto dell'istanza di interpello e dei suoi allegati si ritiene che il contribuente istante abbia dimostrato che le società coinvolte nell'operazione rappresentata non possono essere qualificate come "bare fiscali". Ciò consente alla scrivente di fornire parere positivo alla disapplicazione normativa richiesta con l'attuale istanza.

Per completezza, si rileva altresì che le limitazioni di cui all'articolo 172, comma 7, del TUIR non trovano applicazione in relazione alle perdite fiscali prodotte della *NewCo* incorporanda nei periodi ... e ...-data di efficacia giuridica della fusione, nella misura in cui siano riconducibili a meri costi di gestione.

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)