



Roma, 19 giugno 2008

Oggetto: *Interpello ai sensi dell'articolo 124, comma 5, del d.P.R. n. 917 del 1986 - Richiesta di continuazione del regime di tassazione di gruppo in ipotesi di fusione inversa ad opera del soggetto consolidante - articolo 124, comma 5, del d.P.R. n. 917 del 1986*

Con l'interpello specificato in oggetto, contenente la richiesta alla scrivente (ai sensi dell'art. 124, comma 5, del TUIR) di autorizzazione alla prosecuzione del regime del consolidato nazionale di cui agli articoli 117 e seguenti del TUIR, è stato esposto il seguente

QUESITO

La società istante ALFA EUROPA S.p.A. (di seguito "ALFA") detiene il 95% delle azioni della società BETA EUROPA S.p.A. (di seguito "BETA").

Il restante 5% di BETA è posseduto dalla società GAMMA S.p.A. (di seguito "GAMMA") che, a sua volta, detiene il 100% delle azioni della società istante ALFA.

Alla data del presente interpello l'istante ALFA aderisce, in veste di controllante, al consolidato nazionale di cui agli articoli 117 e seguenti del d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, con la propria controllata BETA: ALFA, più precisamente, *“ha esercitato, congiuntamente con la propria controllata BETA, entro i termini di legge (i.e. 20 giugno 2006, termine ultimo all'epoca in vigore per la comunicazione di avvenuto esercizio dell'opzione all'Agenzia delle Entrate, n.d.r.), l'opzione per l'esercizio/rinnovo del consolidato fiscale relativamente al triennio 2006-2008, ai sensi degli articoli 117 e seguenti del TUIR”*.

ALFA intende procedere ad una fusione inversa, da effettuarsi mediante incorporazione della propria controllante GAMMA che non ha optato, né in veste di controllante né di controllata, per il consolidato nazionale di cui agli articoli 117 e seguenti del TUIR con alcuna società. Tale operazione di fusione inversa è allo stato attuale al vaglio del management delle società coinvolte (i.e. GAMMA e ALFA) e, per il momento, non è stata ancora sottoposta all'esame dei rispettivi consigli di amministrazione. Per la società istante è ragionevole ritenere che l'atto di fusione verrà stipulato al più tardi entro il 31 dicembre 2008 e che tale fusione, se effettivamente implementata, produrrà effetti contabili e fiscali che verranno retrodatati alla data del 1° gennaio 2008. L'istante precisa, in ogni caso, come *“in seguito all'operazione di fusione inversa sopra prospettata non vi sarebbe alcuna alterazione dei requisiti di cui all'articolo 117 del TUIR sussistenti in capo a ALFA (post fusione) con riferimento a BETA”*.

In virtù di tali presupposti, la società istante ALFA con l'interpello formulato ai sensi dell'articolo 124, comma 5, del TUIR chiede se possa proseguire o meno, in qualità di consolidante, il regime di tassazione di gruppo in precedenza avviato con la propria controllata BETA, anche successivamente all'operazione di fusione inversa con la propria controllante GAMMA.

SOLUZIONE INTERPRETATIVA PROSPETTATA DAL CONTRIBUENTE

L'istante osserva che in generale, ai sensi dell'articolo 124, comma 5, del TUIR, la fusione della società consolidante con società o enti non appartenenti al consolidato non è causa perentoria d'interruzione del consolidato. Ciò posto, l'istante ritiene che la prospettata operazione di fusione inversa - con la quale la società consolidante incorpora la propria controllante non rientrante nel perimetro di consolidamento - non rientri nel novero delle operazioni riguardanti il soggetto consolidante che determinano *ex se* (salvo ottenimento dell'autorizzazione dell'Agenzia alla prosecuzione del regime) l'anticipata interruzione del regime di tassazione consolidata, circostanza che si verificherebbe nelle diverse ipotesi in cui fosse ALFA ad essere incorporata da GAMMA (soggetto esterno rispetto al perimetro di consolidamento) o ancora si procedesse ad una fusione propria tra ALFA e GAMMA con costituzione di una nuova società risultante dall'unione di queste ultime.

La società istante ritiene, in altre parole, che nella fattispecie prospettata il consolidato già in essere con la propria controllata BETA continui senza la necessità di produrre istanza d'interpello ai sensi della legge 27 luglio 2000 n. 212.

A sostegno della propria posizione l'istante formula ulteriori osservazioni facendo al riguardo presente che:

a) L'operazione di fusione inversa e la contestuale prosecuzione del regime di tassazione consolidata già in essere tra ALFA e la controllata BETA non determinerebbe alcun vantaggio in termini di risparmio fiscale diverso da quello che ALFA potrebbe legittimamente ottenere attraverso l'operazione di fusione. L'unico vantaggio derivante dall'operazione di fusione consisterebbe nella possibilità per l'incorporante ALFA di acquisire e di riportare le perdite fiscali pregresse di GAMMA. Possibilità, quest'ultima, che sarebbe legittimamente verificata col rispetto del "test di vitalità" previsto dalla norma antielusiva specifica di cui all'articolo 172, comma 7, del TUIR. Nelle intenzioni dell'istante, tali perdite saranno esclusivamente utilizzate da ALFA e non

apportate alla procedura di tassazione consolidata, sia in quanto anteriori all'opzione esercitata da ALFA e BETA e sia perché saranno immediatamente utilizzate per abbattere il reddito imponibile conseguito da ALFA stessa nell'esercizio di efficacia della fusione.

b) L'operazione di fusione non determinerebbe, inoltre, alcuna variazione nella situazione di controllo di ALFA su BETA che continuerebbe ad essere verificata, nel rispetto delle soglie percentuali stabilite dagli articoli 117 e 120 del TUIR, anche dopo l'incorporazione di GAMMA da parte della società istante. Anzi, tale controllo risulterebbe rafforzato poiché, in seguito alla prospettata fusione, ALFA possiederebbe la partecipazione totalitaria in BETA. Dal momento che l'operazione non pregiudicherebbe l'esistenza di ALFA, non determinandone né l'estinzione né la creazione di un nuovo soggetto, il requisito del controllo esercitato da ALFA sulla consolidata BETA prima della fusione permanerebbe senza soluzione di continuità anche dopo l'incorporazione di GAMMA da parte di ALFA. Ne deriverebbe, pertanto, che il requisito del controllo di cui agli articoli 117 e 120 del TUIR dovrebbe ritenersi soddisfatto in capo a ALFA sin dall'inizio del periodo di imposta nel quale avrà luogo l'operazione di fusione. A supporto di tale tesi l'istante richiama le risoluzioni dell'Agenzia delle Entrate n. 116/E del 25 maggio 2007 e n. 44/E del 12 marzo 2007.

c) L'operazione di fusione sarebbe supportata da valide ragioni economiche in quanto s'inserisce nell'ambito di un più ampio processo di riorganizzazione delle partecipazioni europee appartenenti al Gruppo DELTA di Singapore, leader mondiale nel settore dei servizi portuali per contenitori. L'operazione di fusione sarebbe preordinata da un lato a rendere più efficiente la gestione del core business del Gruppo GAMMA (gestione del terminal container svolta da ALFA) concentrando l'intero management italiano nella società operativa ALFA, dall'altro ad ottenere risparmi in termini di costi amministrativi e di gestione connessi all'esistenza di una società holding la quale per scelta del

gruppo non persegue più gli obiettivi per i quali era stata a suo tempo costituita. L'istante segnala come nel corso degli anni, infatti, GAMMA abbia via via ceduto tutte le partecipazioni detenute in società operanti in settori differenti dalla gestione dei terminal containers.

Inoltre, l'istante evidenzia come tale riorganizzazione rispecchi anche la ridefinizione in atto a livello gestionale attraverso il passaggio da un modello centrato su un unico "managing director" ("residente" in GAMMA) responsabile per tutte le attività italiane del gruppo ad un modello che prevede due distinti "managing directors", uno per ciascuna delle due società operative ALFA e EPSILON S.p.A..

Da ultimo, l'istante sottolinea come *"la modalità di esecuzione dell'operazione (i.e. fusione inversa in luogo della fusione per incorporazione della controllata ALFA nella controllante GAMMA) è stata individuata al fine di limitare al più possibile le complessità legali, amministrative e procedurali connesse al fatto che ALFA esercita la propria attività sulla base di atti di concessione dell'Autorità Portuale di ...; infatti, nel caso di incorporazione del soggetto concessionario (ALFA) in un soggetto diverso (GAMMA) l'iter amministrativo/autorizzativo che dovrebbe precedere l'operazione risulterebbe più lungo e complesso"*.

PARERE DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE

Riguardo al quesito formulato, preliminarmente si ricorda che le operazioni straordinarie possono determinare o meno l'interruzione anticipata del regime di tassazione del consolidato nazionale prima del compimento del triennio, con gli effetti previsti dall'articolo 124 del TUIR.

Allo scopo di evitare che il regime del consolidato fiscale potesse essere soggetto a possibili "strumentalizzazioni" il legislatore ha disciplinato, infatti, specificatamente le ipotesi in cui, in presenza di alcune operazioni societarie, il

regime della tassazione di gruppo non si interrompe (cfr. articolo 11 del d.m. 9 giugno 2004, cd. “decreto di attuazione”), differenziandole da quelle nelle quali invece lo stesso regime viene meno (cfr. articolo 13 del decreto di attuazione e articolo 124, comma 1, primo periodo, del TUIR) e da quelle per cui, pur interrompendosi il regime, il contribuente può richiedere, presentando una formale istanza di interpello, la continuazione del consolidato (cfr. articolo 124, comma 5, secondo periodo, del TUIR e articolo 13, comma 2, del decreto di attuazione).

L'articolo 124, comma 5, secondo periodo, del TUIR - in base al quale la società istante ALFA ha presentato istanza di interpello - prevede, più precisamente, che *“nel caso di fusione della società o ente controllante con società o enti non appartenenti al consolidato può essere richiesta, mediante l'esercizio dell'interpello ai sensi dell'articolo 11 della legge 27 luglio 2000, n. 212, la continuazione del consolidato”*. In tale particolare fattispecie, dunque, la continuazione del consolidato è ammessa esclusivamente a seguito di parere favorevole espresso dall'Agenzia delle Entrate in risposta ad una specifica istanza di interpello da presentarsi da parte del soggetto operante in veste di avente causa nell'operazione di fusione.

Detta norma, come chiarito nella circolare n. 53/E del 20 dicembre 2004, fa riferimento solo alle ipotesi di:

- fusione propria della consolidante con società non inclusa nel consolidato;
- fusione per incorporazione della consolidante da parte di società non inclusa nel consolidato.

Solo in tali ipotesi, pertanto, la società risultante dalla fusione (o, a seconda dei casi, incorporante) non è automaticamente attratta nel regime di tassazione consolidata, rendendosi a tal fine necessario produrre istanza d'interpello ai sensi della legge 27 luglio 2000 n. 212, così come previsto tanto

dalla norma primaria (art. 124, comma 5, secondo periodo, del TUIR), quanto dalla norma secondaria (articolo 13, comma 2, del decreto di attuazione).

Come correttamente osservato dalla società istante, il quesito formulato - volto ad ottenere, con riferimento alla prospettata fusione (inversa) per incorporazione della società esterna al consolidato (la controllante GAMMA) ad opera della società consolidante (la controllata ALFA), l'effetto di continuazione del consolidato della società incorporante ALFA con la consolidata BETA - non è riconducibile alla fattispecie di cui all'articolo 124, comma 5, secondo periodo, del TUIR.

L'operazione rappresentata, infatti, si colloca nell'ambito delle operazioni disciplinate dall'articolo 11, comma 3, del citato decreto ministeriale attuativo, il quale stabilisce che *“la fusione per incorporazione di società non inclusa nel consolidato in società inclusa nel consolidato non interrompe la tassazione di gruppo, qualora permangano i requisiti di cui all'articolo 117 del testo unico”*.

La fusione per incorporazione di una società esterna al consolidato da parte di una società consolidata (così come da parte della stessa società o ente consolidante), non rappresenta, in altre parole, un'ipotesi di interruzione del regime di tassazione consolidata, sempre che permangano soddisfatti i requisiti di cui all'articolo 117 e ss. del TUIR.

In conclusione, dal momento che l'operazione qui rappresentata (fusione per incorporazione da parte della società consolidante di società non inclusa nel consolidato) non appartiene a quelle che necessitano di apposita istanza di interpello ai fini del riconoscimento della possibilità di continuazione del regime, la richiesta di parere presentata dalla società istante è da considerarsi inammissibile (conformemente a quanto da ultimo precisato con la risoluzione n. 103/E del 20 marzo 2008).

Si reputa, tuttavia, opportuno fornire di seguito alcune indicazioni generali non produttive degli effetti propri dell'invocato istituto dell'interpello di cui all'art. 11, commi 2 e 3, della legge 27 luglio 2000, n. 212.

Si evidenzia, in particolare, che le perdite fiscali della società incorporata non potranno essere utilizzate all'interno del consolidato per effetto delle limitazioni poste dall'articolo 118, comma 2, del TUIR.

Dette perdite potranno, più precisamente, essere utilizzate dalla società incorporante esclusivamente alle condizioni e nei limiti – non oggetto di riscontro in questa sede – previsti dall'articolo 172, comma 7, del TUIR. Nel caso in cui la verifica imposta da tale ultima disposizione fosse superata, le perdite pregresse della incorporata (ivi incluse, come da ultimo precisato dalla risoluzione n. 139/E del 9 aprile 2008, quelle realizzate nell'arco temporale compreso tra l'inizio del periodo d'imposta e la data immediatamente anteriore a quella di efficacia giuridica della fusione) “trasferite” all'incorporante diverrebbero perdite fiscali pregresse in capo a tale ultima società, nel senso fatto proprio dalla disposizione dell'art. 118, comma 2, del TUIR (che, come noto, ne vieta il conferimento alla *fiscal unit*, consentendone esclusivamente l'utilizzo su base individuale da parte del soggetto al quale le stesse si riferiscono).

Si precisa, inoltre, che qualora il consolidato ALFA-BETA avesse maturato perdite fiscali riportate al periodo d'imposta in cui la prospettata operazione acquisirà efficacia, l'ammontare complessivo delle perdite fiscali da confrontare con il valore del patrimonio netto - ai fini dell'applicazione dell'articolo 172, comma 7 del TUIR - dovrebbe tener conto delle perdite fiscali eventualmente maturate dalla stessa ALFA nei periodi di imposta di vigenza del consolidato, ancorché trasferite (e non utilizzate) nell'ambito del consolidato medesimo (cfr. risoluzioni n. 48/E del 13 marzo 2007, n. 305/E del 25 ottobre 2007 e, da ultimo, n. 103/E del 20 marzo 2008).

Infine, nell'eventualità che l'atto di fusione produca effetti contabili e fiscali retrodatati alla data del 1° gennaio 2008, è opportuno precisare che il test

di vitalità di cui all'articolo 172, comma 7, del TUIR dovrà risultare verificato in capo alla società incorporata (GAMMA) anche con riferimento all'intervallo di tempo compreso tra l'inizio del periodo di imposta e la data immediatamente anteriore a quella di efficacia giuridica dell'operazione (cfr. risoluzione n. 143/E del 10 aprile 2008).

Ai fini di tale verifica, l'ammontare dei ricavi e proventi dell'attività caratteristica e delle spese per prestazioni di lavoro subordinato (e relativi contributi) riferibili a detto intervallo di tempo dovrà 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.

Comunque, in relazione al vantaggio che potrebbe derivare all'istante dalla fusione inversa (*i.e.* possibilità per l'incorporante ALFA di acquisire e di utilizzare a proprio beneficio le perdite fiscali pregresse dell'incorporata GAMMA), si rammenta che l'operazione di fusione rientra nell'elenco delle operazioni potenzialmente elusive di cui all'art. 37-*bis*, comma 3, del d.P.R. 29 settembre 1973 n. 600.

Ne consegue che l'amministrazione finanziaria, qualora l'operazione prospettata non sia assistita da valide ragioni economiche, potrà disconoscere i vantaggi tributari dalla stessa discendenti laddove sussistano le altre condizioni per l'applicazione della predetta disposizione antielusiva (aggiramento di obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario ed ottenimento di riduzioni di imposta o di rimborsi altrimenti indebiti).

In proposito si rappresenta che la valutazione dell'esistenza dei presupposti per l'applicazione della menzionata disposizione antielusiva non rientra nelle prerogative esercitabili dalla scrivente in sede di risposta ad istanza di interpello ordinario nelle forme di cui all'art. 11 della legge 27 luglio 2000, n. 212.

La società istante, qualora intenda richiedere il parere dalla scrivente circa la natura (elusiva o meno) dell'operazione prospettata, potrà avvalersi dell'apposito istituto disposto dall'ordinamento al fine di tale sindacato, rappresentato dall'istanza di interpello ai sensi dell'articolo 21 della legge 30 dicembre 1991, n. 413.

Le Direzioni regionali vigileranno affinché le istruzioni fornite e i principi enunciati con la presente risoluzione vengano puntualmente osservati dagli uffici.