

**COMITATO CONSULTIVO
PER L'APPLICAZIONE DELLE NORME ANTIELUSIVE**

Parere ai sensi dell'articolo 21, comma 10, della legge 30 dicembre 1991, n. 413.

Vista l'istanza presentata in data 8 settembre 2006 dalla "X Spa", con sede in ---- ;

considerato che l'Agenzia delle Entrate – Direzione Centrale Normativa e Contenzioso non ha fornito risposta alla preventiva richiesta di parere avanzata sulla medesima operazione in data 22 maggio 2006, ai sensi dell'art. 21, comma 9, della citata legge n. 413/1991;

udito il relatore, Gen. B. Vicanolo;

PREMESSO CHE

l'istante:

- è una società di un Gruppo bancario e creditizio orientata alla realizzazione di servizi e strumenti di *e-business* ed *e-banking*, attraverso la gestione di un'offerta diversificata ed articolata di servizi complementari all'offerta complessiva del Gruppo; in particolare, dall'esercizio 2004, la società svolge un ruolo di supporto al Gruppo sui temi della "multicanalità integrata" e del "Customer Relationship Management";
- con atto di fusione per incorporazione del 27 giugno 2005, la citata società ha incorporato la "Y Spa", retrodatando gli effetti ai fini fiscali al 1° gennaio 2005;
- per dimostrare che l'operazione in questione non è elusiva, in quanto supportata da valide ragioni economiche e non diretta ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario, rappresenta che:
 - in data 30 aprile 2003, in sede di approvazione del bilancio al 31 dicembre 2002, constatando perdite pari ad euro 2.043.234, superiori ad un terzo del capitale sociale (euro 3.280.000), l'assemblea dei soci dell'incorporata aveva provveduto alla copertura della perdita indicata, con la riduzione del capitale sociale, ai sensi dell'art. 2446 c.c., ed al contestuale aumento del capitale stesso a ricostituzione del precedente importo di euro 3.280.000;
 - in data 31 dicembre 2003, con lo scopo di ottenere un rafforzamento patrimoniale della società partecipata, l'incorporante aveva rinunciato al suo credito nei confronti di "Y Spa" per un importo di euro 2.324.243;
 - in data 19 aprile 2004, l'incorporata ha deliberato la copertura delle perdite a tutto il 31 dicembre 2003, pari ad euro 3.409.036, mediante abbattimento del capitale sociale ed utilizzo integrale della riserva di patrimonio netto, pari ad euro 2.324.243, costituita a seguito della predetta rinuncia a crediti da parte della controllante "X Spa";
 - in data 25 giugno 2004, l'incorporante ha acquisito una partecipazione totalitaria nel capitale sociale dell'incorporata;
 - quest'ultima, sebbene abbia conseguito significativi risultati commerciali nell'ambito delle telecomunicazioni, ha disatteso le aspettative relativamente ai risultati sperati sul mercato esterno e da ciò è scaturita la previsione che non fosse più possibile il raggiungimento di un proprio equilibrio operativo in tempi brevi e certi. Infatti, la società in parola è stata in costante perdita sin dalla sua costituzione ed ha chiuso negativamente anche il bilancio d'esercizio al 31 dicembre 2004 con una perdita di euro 1.451.089, superiore ad 1/3 del capitale sociale, che ha reso così applicabile il disposto di cui all'art.

2446 c.c.;

- con riguardo alle “valide ragioni economiche”, osserva che:
 - le competenze sviluppate all’interno della società incorporata risultano estremamente rilevanti ai fini dell’assolvimento dei nuovi compiti affidati dal Gruppo alla controllante/incorporante, essendo ritenute strategiche a livello di Gruppo;
 - l’operazione è stata posta in essere con l’obiettivo di valorizzare gli investimenti effettuati dall’incorporata in strutture e competenze, rivolgendo le capacità maturate e la struttura produttiva al soddisfacimento di una domanda prevalentemente interna al Gruppo. Più precisamente, lo scopo dell’incorporazione si identificherebbe nella volontà di realizzare sinergie tra le attività amministrative e logistiche (prese in carico dalla incorporante) e l’attività di natura squisitamente tecnologica (svolta dalle strutture originariamente proprie dell’incorporata) al fine di realizzare importanti economie di scala, sotto il duplice aspetto delle risorse umane e delle risorse tecnologiche;
 - il progetto di riorganizzazione, sfociato nell’operazione straordinaria, avrebbe consentito, altresì, di salvaguardare i livelli occupazionali, evitando la dispersione di ingenti risorse economiche ed elevate professionalità;
- con riguardo agli aspetti tributari, precisa che:
 - l’operazione sottoposta al parere del Comitato non avrebbe determinato alcun vantaggio indebito, in quanto il disavanzo di fusione non ha assunto rilevanza fiscale, le perdite fiscali pregresse di entrambe le società sono state e saranno utilizzate nel rispetto dell’art. 172, comma 7, del TUIR ed i beni della società incorporata sono transitati nel bilancio dell’incorporante mantenendo il medesimo valore fiscalmente riconosciuto. Anzi, la stessa si sarebbe tradotta in maggiori oneri fiscali a causa dell’annullamento del beneficio fiscale futuro di riporto delle perdite sia in capo all’incorporata che in capo all’incorporante.

Infatti, il richiamato art. 172, comma 7, del TUIR prevede due distinte limitazioni con riferimento alla possibilità di riportare le perdite: una prima sull’*an* (l’ammontare di ricavi e proventi dell’attività caratteristica e l’ammontare delle spese per prestazioni di lavoro subordinato e relativi contributi deve essere superiore al 40 per cento di quello risultante dalla media degli ultimi due esercizi anteriori) ed una seconda sul *quantum* (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 quello del patrimonio netto della società interessata, quale risulta dall’ultimo bilancio o, se inferiore, dalla situazione patrimoniale redatta ai sensi dell’art. 2501-*quater* del codice civile, senza tener conto dei conferimenti e versamenti fatti nei 24 mesi anteriori alla data cui si riferisce la situazione stessa).

Pur sussistendo, in astratto, il diritto della società incorporante di riportare le perdite pregresse dell’incorporata “Y Spa” (pari complessivamente ad euro 6.691.206, derivante dalla somma di euro 5.350.083 di perdite negli esercizi precedenti e di euro 1.341.123 di perdita nell’esercizio 2004), in quanto l’ammontare di ricavi e proventi dell’attività caratteristica e l’ammontare delle spese per prestazioni di lavoro subordinato e relativi contributi risulta superiore al 40 per cento di quello risultante dalla media degli ultimi due esercizi anteriori, l’applicazione della limitazione sul *quantum* vanifica tale possibilità, in quanto decrementando il patrimonio netto della società stessa al 31 dicembre 2004, pari ad euro 744.117, dei versamenti effettuati nell’esercizio 2003, pari ad euro 2.324.243, il risultato è negativo.

Limiti al riporto delle perdite incontra anche la società incorporante atteso che il patrimonio netto esistente al 31 dicembre 2004 (euro 15.922.734) risulta inferiore alle

perdite da riportare (pari a 5.974.465 nel 2004 e 19.887.847 negli anni precedenti), con la conseguenza che, a fronte di una perdita complessiva di euro 25.862.312, è possibile dedurre solo 15.922.734 euro e non anche i restanti euro 9.939.578;

- la maggiore onerosità fiscale della soluzione adottata tramite la realizzazione della fusione sarebbe stata motivata dall'esigenza di realizzare un'operazione che garantisca le finalità economiche citate in precedenza, essenzialmente volte all'obiettivo di un mantenimento occupazionale e della preservazione delle risorse umane e tecnologiche. Ciò anche in considerazione del fatto che l'unica ipotesi alternativa, la messa in liquidazione della società controllata, pur preservando per intero le perdite pregresse, avrebbe comportato un impatto più traumatico sia nei confronti del personale che del mercato esterno, con una presumibile perdita d'immagine.

CONSIDERATO CHE

come il Comitato ha già avuto modo di affermare in precedenti occasioni:

- l'art. 5 del regolamento adottato con decreto ministeriale 13 giugno 1997 prescrive che la richiesta di parere contenga, a pena di inammissibilità, *“la dettagliata e precisa esposizione del caso concreto, nonché della soluzione interpretativa prospettata”* (vgs. art. 5, comma 2, lett. b) e che ad essa sia allegata la documentazione rilevante *“ai fini dell'individuazione e qualificazione della fattispecie prospettata, nonché della reale portata dell'operazione”* (art. 5, comma 3);
- ciò comporta, per il soggetto istante, un onere di chiara, veritiera e corretta rappresentazione della situazione giuridico-economica in essere, di quella che si intenderebbe realizzare attraverso l'operazione oggetto di interpello, nonché dei fatti, atti o negozi giuridici dei quali l'operazione stessa dovrebbe essere costituita, delle finalità perseguite e dei riflessi di ordine tributario, in modo che detta rappresentazione sia idonea – in funzione dei compiti assegnati al Comitato consultivo dall'art. 21 della legge n. 413 del 1991 – non soltanto ad un'esatta comprensione della vicenda, ma anche ad una completa individuazione e valutazione dei suoi risvolti giuridico-tributari;

TENUTO CONTO CHE

- la Direzione Regionale ----, in data 14 settembre 2006, nella lettera di trasmissione dell'istanza al Comitato, ha evidenziato che:
 - in data 31 luglio 2006, ovvero oltre un mese prima dell'inoltro della richiesta di parere a questo Comitato, la società in discorso ha presentato all'ufficio delle Entrate un'istanza ai sensi dell'art. 37-bis, comma 8, del D.P.R. n. 600/73, al fine di ottenere, sempre in relazione all'operazione di fusione per incorporazione qui esaminata, la disapplicazione dell'art. 172, comma 7, del TUIR, che limita il riporto delle perdite pregresse delle società partecipanti ad operazioni della specie;
 - tale istanza è stata poi respinta dal Direttore Regionale in data 7 settembre 2006 con apposito provvedimento conclusivo del separato procedimento amministrativo;
- pertanto, risulta evidente che le dichiarazioni rese dall'istante nella propria domanda al Comitato a proposito della volontà di sottostare alle limitazioni del riporto delle perdite pregresse, previste dall'art. 172, comma 7, del TUIR, sono state palesemente contraddette dalla condotta tenuta dalla stessa società incorporante, che il 31 luglio aveva tentato di ottenere dall'Amministrazione finanziaria proprio la disapplicazione della citata norma antielusiva;
- tale contraddittorietà, di per sé inaccettabile per palese contrasto con i principi di collaborazione e buona fede che devono improntare tutti i rapporti tra contribuenti ed amministrazione finanziaria ai sensi dell'art. 10 della legge 27 luglio 2000, n. 202, è resa ancora più grave dalla

consapevole reticenza del contribuente (l'istanza ai sensi dell'art. 37-bis, comma 8, del D.P.R. n. 600/73 è stata presentata in data 31 luglio 2006, quella al Comitato in data 31 agosto 2006);

- ciò rende estremamente labili, non convincenti ed indeterminate le ragioni economiche effettivamente perseguite dalla società incorporante, al punto che non è possibile escludere la sussistenza di finalità collegate ad indebiti vantaggi fiscali. Del resto, si osserva nel merito dell'operazione di fusione che:

- l'assenza di una redditività prospettica dell'incorporata, ben difficilmente, avrebbe consentito alla stessa di utilizzare, ai fini fiscali, le perdite pregresse accumulate, talché l'affermazione dell'istante secondo cui la fusione avrebbe annullato un beneficio fiscale futuro appare del tutto opinabile.

Dall'esame della documentazione allegata all'istanza, emerge, infatti, in modo evidente, che la società incorporata è stata caratterizzata da un decremento patrimoniale (passando da euro 2.195.209 del 2003 a euro 744.117 del 2004) e da un altrettanto costante risultato negativo sia civilistico (- 2.043.234 euro per il 2002, - 3.409.036 per il 2003, - 1.451.089 per il 2004) che fiscale (- 2.041.047 per il 2002, - 3.309.036 per il 2003, - 1.341.123 per il 2004).

Quanto all'incorporante, vanno rilevati, anche in questo caso, con riferimento agli ultimi tre anni, una continua diminuzione del patrimonio netto (da euro 37.971.482 del 2002 ad euro 21.807.471 del 2003 fino ad arrivare ad euro 15.922.734 del 2004) ed un costante risultato negativo sia sotto il profilo economico (- 11.816.771 per il 2002, - 16.164.010 per il 2003 e - 5.884.737 per il 2004) che reddituale (- 13.836.050 per il 2002, - 5.978.371 per il 2003 e - 5.974.465 per il 2004);

- in relazione al requisito dell'assenza di valide ragioni economiche, secondo il consolidato orientamento del Comitato, un'operazione di fusione può ritenersi valida se posta in essere al fine di realizzare rilevanti economie di scala, da parte di soggetti che svolgono attività complementari e similari ovvero preposti a diverse fasi del medesimo processo produttivo. Al riguardo, si rileva invece che nel corpo dell'istanza in esame:
 - sia stato ammesso “...il virtuale stato di liquidazione della società incorporanda, conseguente al verificarsi di perdite superiori al terzo del capitale sociale”;
 - il conseguimento di rilevanti economie di scala sia stato ancorato, con espressioni generiche e di puro stile, alla circostanza che le competenze sviluppate all'interno della società incorporata siano “estremamente rilevanti ai fini dell'assolvimento dei nuovi compiti affidati, a partire dall'esercizio 2004, dal ---, competenze ritenute strategiche a livello di Gruppo” e che “lo scopo dell'incorporazione si è identificato nella volontà di realizzare sinergie nelle strutture amministrative e logistiche e nella struttura produttiva”;

P.Q.M.

giudica inammissibile l'istanza di interpello in quanto priva degli elementi indispensabili ai fini di una dettagliata e precisa individuazione e qualificazione della fattispecie prospettata e della reale portata dell'operazione di fusione per incorporazione, ravvisandosi, peraltro, nella stessa alcuni profili sintomatici della sussistenza di finalità elusive dell'operazione, a causa della non adeguata rappresentazione di valide ragioni economiche sottostanti.

Roma, 18 dicembre 2006