

Roma, 30 marzo 2007

Oggetto: Istanza di Interpello art. 37-bis, comma 8, del DPR 29 settembre 1973, n. 600. Alfa., sede secondaria

Con istanza presentata in data 2005 presso l'Ufficio delle Entrate di e successivamente trasmessa alla competente Direzione Regionale della, la società "Alfa., sede secondaria", con sede in ..., ha presentato al Direttore Regionale della un'istanza formulata ai sensi dell'articolo 37-bis, comma 8, D.P.R. n. 600/1973, per la disapplicazione delle disposizioni limitative al riporto delle perdite fiscali pregresse di cui all'articolo 181 del TUIR.

La Direzione Regionale, con nota del 2005, ha invitato la scrivente a risolvere alcuni dubbi interpretativi relativi alla fattispecie rappresentata.

Fattispecie rappresentata

L'istante Alfa è la sede secondaria in Italia di una società di diritto olandese, Alfa Beta.

A partire dall'anno 2000 detta società, capogruppo olandese, ha avviato un processo di accentramento di alcune attività svolte a livello locale al fine di ridurre le unità operative. Il processo di accentramento è iniziato con l'accorpamento delle

attività svolte e successivamente ha comportato la riduzione del numero delle unità operative locali per mezzo, tra l'altro, di operazioni di fusione.

Il modello organizzativo con cui il Gruppo ha operato in Italia nel periodo intercorrente tra il e il è stato contraddistinto dalla presenza di una sede secondaria, che fa capo alla società istante, affiancata da una società controllata, "Alfa Gamma Spa", già "Delta Srl" la quale, pur integrata nella struttura di Alfa Beta, è sempre rimasta formalmente autonoma. Inizialmente la collaborazione di Delta con Alfa Beta fu formalizzata con un "contratto di prestazione di servizi integrati" siglato il 2002. Con il passare del tempo l'integrazione "sostanziale" tra le due strutture è diventata sempre maggiore. Tra i due soggetti (Delta e Alfa Beta) era stato stipulato anche un "contratto di affitto d'azienda" efficace a partire dal 2003 e con scadenza il 2004.

La logica conclusione di tale processo di integrazione non poteva che essere la fusione delle due società e quindi, con atto di fusione deliberato il 2004, avente efficacia contabile e fiscale dal 2004, Alfa Beta ha incorporato Alfa Gamma Spa.

Nell'istanza viene specificato che al momento di tale fusione Delta era interamente posseduta tramite la sede secondaria italiana di Alfa Beta. Tuttavia negli atti trasmessi alla scrivente non è specificato né il momento dell'acquisto del pacchetto azionario, né il corrispettivo pagato.

In Italia era inoltre presente la sede amministrativa di un'altra società del Gruppo Alfa Beta, "Eta" avente sede legale in Olanda ed interamente posseduta tramite la sede secondaria italiana di Alfa Beta

Con la fusione di cui si è più sopra detto, Alfa Beta ha incorporato simultaneamente Eta (operazione regolata dal diritto olandese) e Delta (operazione regolata dal diritto italiano).

La sede secondaria italiana aveva maturato alla data del 2004 il diritto al riporto di perdite fiscali pregresse pari a euro tutte relative al periodo di imposta 2002, come risulta dalla relativa dichiarazione dei redditi.

Nel caso di specie trova applicazione l'articolo 181 del Tuir che limita la riportabilità delle perdite fiscali nei casi di fusione per incorporazione tra società residenti in Paesi diversi della UE. In particolare secondo detta disposizione la deduzione delle perdite è consentita in proporzione alla differenza tra gli elementi dell'attivo e del passivo effettivamente connessi alla stabile organizzazione sita nel territorio dello Stato che risulta dall'operazione.

Secondo la società istante, *detto parametro di riferimento è dato dalla somma algebrica del patrimonio di Delta e di Alfa sede secondaria italiana, poichè, a seguito della fusione, entrambi continuano ad essere connessi alla seconda*. La situazione ante fusione era la seguente:

- differenza tra attività e passività di Alfa sede secondaria italiana,
- euro;
- patrimonio netto di Delta euro.

Appare evidente che essendo la differenza tra attività e passività della sede secondaria di Alfa Beta, che risulta dopo l'operazione di fusione, di segno negativo, le perdite pregresse maturate da Alfa sede secondaria nel 2002 non potrebbero essere riportate in avanti.

L'istante chiede, pertanto, la disapplicazione dell'art. 181 del tuir, in quanto detta norma precluderebbe il diritto al riporto delle perdite di Alfa sede secondaria. Infatti pur essendo confluito in Alfa sede secondaria l'intero patrimonio di Delta, la differenza tra gli elementi dell'attivo e del passivo, effettivamente connessi alla stabile organizzazione nel territorio dello Stato che risulta dall'operazione, è negativa, con la conseguenza che non risultano rispettate le condizioni richieste dall'art. 172, settimo comma, ai fini di detto riporto.

Dall'istanza non è dato desumere se anche il patrimonio di Etas confluisca in Alfa sede secondaria.

Soluzione interpretativa prospettata dal contribuente

A parere della società istante il riferimento alla differenza tra attività e passività contenuto nell'articolo 181 del tuir concerne la somma algebrica del

patrimonio di Delta e del patrimonio di Alfa sede secondaria italiana poiché, a seguito della fusione, entrambi continuano ad essere connessi alla seconda. In ogni caso tale differenza algebrica assunta alla data del 2003 risulta negativa.

Inoltre, l'articolo 181 del Tuir è "*norma di tipo antielusivo che dunque può ed in determinati casi deve essere disapplicata*" ai sensi dell'art. 37 bis, comma 8, del d.p.r. n. 600 del 1973, ove sussistano - ritiene l'istante - valide ragioni economiche a supporto dell'operazione di fusione, come nel caso rappresentato.

L'acquisizione delle partecipazioni nella società Delta è stata effettuata dalla società istante in quanto società "*già presente sul mercato e caratterizzata dalla presenza di un socio fondatore che possedeva una vasta rete di conoscenze, una lunga esperienza nel mercato sul quale Alfa Beta intendeva posizionarsi e, non da ultimo, un ottimo rapporto fiduciario con i propri clienti investitori*".

Il processo di ristrutturazione a livello mondiale di tutto il gruppo rendeva indispensabile ridefinire anche la struttura di Alfa Italia per consentire una migliore gestione dei costi ed un più celere coordinamento delle attività di consulenza a livello globale attraverso la riduzione delle business units e delle unità locali in modo da conseguire una concentrazione "*che avrebbe consentito di indirizzare le risorse verso la ricerca di nuove possibilità di investimento, di ridurre (se non eliminare), attraverso l'integrazione dei servizi, le duplicazioni dei costi amministrativi ed infine di consentire un miglior controllo al livello centrale delle attività di Delta svolta localmente*", ritenuto che l'attività continuava ad essere fortemente legata al management della controllata.

La società istante, osserva, in ultimo, che le perdite fiscali pregresse saranno utilizzate nell'ambito del medesimo settore di attività nel quale sono state prodotte, "*che continuerà ad essere quello caratteristico delle due entità fuse*". Il mancato riporto delle perdite fiscali comporterebbe il venir meno di un diritto che "*in assenza di fusione non sarebbe mai stato messo in discussione*".

Parere della Direzione centrale

Codesta Direzione regionale solleva due quesiti di natura interpretativa la cui soluzione appare dirimente per poter successivamente affrontare, in caso di soluzione positiva, l'eventuale disapplicazione dell'art. 181 del tuir.

I problemi interpretativi posti sono essenzialmente due:

- 1) occorre stabilire se la norma richiamata sia applicabile alla fattispecie in esame in cui il patrimonio della società incorporata confluisce in una stabile organizzazione già esistente;
- 2) occorre verificare se l'art. 181 di cui viene chiesta la disapplicazione sia una norma antielusiva *ad hoc*, pertanto disapplicabile.

L'art. 181 del tuir dispone che *“nelle operazioni di cui alle lettere a) e b), del comma 1, dell'art. 178, le perdite fiscali sono ammesse in deduzione da parte del soggetto non residente alle condizioni e nei limiti di cui all'art. 172, comma 7, proporzionalmente alla differenza tra gli elementi dell'attivo e del passivo effettivamente connessi alla stabile organizzazione sita nel territorio dello Stato risultante dall'operazione e nei limiti di detta differenza”*.

Per ben comprendere l'ambito di applicazione di detta norma e la sua finalità, occorre ricordare che l'art. 181 riprende testualmente l'art. 4 del D.Lgs. n. 544 del 1992 di attuazione della Direttiva 434/90/CEE (di seguito la Direttiva).

Il legislatore comunitario della Direttiva aveva previsto che le fusioni e le scissioni transnazionali possono assumere due diversi esiti, così come appare evidente dal quinto considerando che testualmente recita: *“per quanto riguarda le fusioni, le scissioni e i conferimenti di attivo, queste operazioni avranno di regola come risultato la trasformazione della società conferente in una stabile organizzazione della società beneficiaria del conferimento o l'integrazione dell'attivo in una stabile organizzazione di quest'ultima società”*

Possono crearsi - in alternativa - due diverse situazioni:

- il soggetto incorporante non ha nel territorio dello Stato una stabile organizzazione e, pertanto, le attività e le passività della società conferente confluiscono in una stabile organizzazione allo scopo costituita;

- il soggetto incorporante dispone già nel territorio dello Stato di una o più stabili organizzazioni e, pertanto, le attività e le passività della società conferente sono attribuite ad una stabile organizzazione già esistente, ovvero ad una nuova stabile organizzazione, con la conseguenza – in ogni caso – che vengono ad integrarsi tra di loro, ai fini fiscali, gli attivi di soggetti diversi: quelli della società conferente (che in ipotesi di fusione è la società incorporata o fusa) e quelli preesistenti (attribuibili ad altre stabili organizzazioni nel territorio dello Stato) della società beneficiaria (ad esempio la società incorporante nelle operazioni di fusione).

La fattispecie rappresentata rientra nella seconda delle ipotesi chiaramente previste dalla citata Direttiva comunitaria, e pertanto appare del tutto legittima la scelta di far confluire il patrimonio della società incorporata nella stabile organizzazione di Alfa Beta già operante in Italia.

Va, altresì, specificato che la conseguente integrazione di attivi di soggetti prima distinti si sarebbe verificata in ogni caso, ai fini fiscali, anche se il patrimonio della società incorporata fosse stato attribuito ad una stabile organizzazione allo scopo costituita, distinta da quella (o quelle) preesistenti nel territorio dello Stato e riferibili alla società incorporante. In ogni caso, infatti, in capo al soggetto non residente si compenserebbero in un unico reddito e in un unico imponibile netto i risultati delle varie stabili.

In merito alla interpretazione dell'art. 181 del tuir si osserva che la norma introduce un doppio vincolo al riporto delle perdite fiscali pregresse:

- 1) prevede che le perdite fiscali pregresse siano deducibili in proporzione al patrimonio netto della società "incorporata" che è effettivamente attribuito alla stabile organizzazione sita nel territorio dello Stato;
- 2) estende alle operazioni di fusione e di scissione transfrontaliere i limiti di cui all'art. 172, comma 7, del tuir.

Il limite di cui al punto 1) è chiaramente finalizzato a limitare il riporto delle perdite fiscali pregresse in tutte le ipotesi in cui alla stabile organizzazione non siano state attribuite tutte le attività e passività che facevano capo alla società “incorporata” e da cui si erano originate le perdite (ad es. quelle riferibili ad eventuali stabili organizzazioni all'estero o ad altri elementi patrimoniali distolti).

Si tratta di un limite non espressamente indicato nella Direttiva, ma coerente con la finalità – enunciata nel quarto considerando – di “*evitare un'imposizione all'atto di una fusione...pur tutelando gli interessi finanziari dello stato cui appartiene la società conferente o acquisita*”. La ragione di tale limitazione è evidente dal momento che non potrebbero essere riportate perdite attribuibili, in parte, ad attività non più connesse alla stabile organizzazione rimasta nel territorio dello Stato.

Tale disposizione non può essere considerata antielusiva e, pertanto, non può essere disapplicata.

Non si pone ovviamente alcun problema interpretativo in merito a tale disposizione normativa nei casi in cui l'intero patrimonio della società incorporata risulti confluito nella stabile organizzazione italiana.

L'altro limite, invece, risponde all'esigenza imposta dall'art. 6 della Direttiva di estendere alle operazioni di fusione e scissione transnazionali i medesimi benefici e le medesime condizioni in materia di riporto delle perdite fiscali pregresse applicabili alle operazioni nazionali. Detta norma stabilisce che anche alle fusioni tra società residenti in Paesi diversi della UE è consentito, al pari delle operazioni che avvengono tra società residenti all'interno del nostro ordinamento tributario, il riporto delle perdite fiscali pregresse all'operazione di fusione. Più in particolare, l'articolo 6 impone agli Stati che per le operazioni interne consentono alla beneficiaria (leggasi anche incorporante) di riportare a nuovo le perdite pregresse della conferente (leggasi anche incorporata) di estendere, alle medesime condizioni, la possibilità di riportare le perdite fiscali pregresse della conferente da parte delle stabili organizzazioni della società beneficiaria situate sul territorio dello Stato.

Di qui il richiamo del legislatore interno all'articolo del tuir che assolve a tale compito, l'art. 172, comma 7.

Ciò detto, ad avviso della scrivente l'art. 181, nella parte in cui richiama il disposto di cui all'art 172, comma 7, del tuir, è norma che si rende applicabile solo quando le operazioni transnazionali in esame comportano (come nel caso delle fusioni e scissioni nazionali) una integrazione di attivi di soggetti diversi, come tali già esistenti nel territorio dello Stato. Situazione che, come detto, si verifica quando il soggetto non residente già dispone di una o più stabili organizzazioni i cui attivi si integreranno – fiscalmente – con quelli della società residente che viene incorporata.

E' questa una disposizione antielusiva che può essere disapplicata ai sensi dell'art. 37-bis, comma 8, del DPR 600 del 1973, in quanto risponde alla stessa *ratio* della norma richiamante: 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 assoluto al riporto delle stesse qualora non sussistano quelle minime condizioni di vitalità economica previste dalla norma. Ne consegue che, qualora non vi ostino altri profili di elusività fiscale diversi da quelli strettamente riconducibili al disposto del citato articolo 172, comma 7, è possibile disapplicare la norma in commento solo qualora si dimostri che la società con perdite fiscali pregresse (o, nel caso in esame, la stabile organizzazione) non è una c.d. "bara fiscale". Più in generale, l'operazione di fusione non deve inserirsi in un disegno di tipo elusivo nè, in particolare, deve essere funzionale alla incorporazione di una società in utile, allo scopo di decurtare il proprio reddito imponibile compensandolo con le perdite fiscali accumulate dalla stabile organizzazione del soggetto non residente negli esercizi precedenti la fusione, la cui attività economica sia ormai inesistente.

Ai fini della concreta applicazione della norma, dopo avere verificato il limite di cui al punto 1), si applicherà l'ulteriore limite del comma 7 dell'art. 172. Quest'ultimo limite ha natura elusiva ed è suscettibile di disapplicazione, in presenza delle condizioni prima richiamate in via generale ed astratta.

Si precisa, infine, per completezza, che il patrimonio netto a cui va raffrontato l'ammontare di perdite da riportare non è dato, come erroneamente sostenuto dall'istante, dalla somma dei patrimoni della stabile organizzazione e della società incorporata, ma dal solo patrimonio della stabile organizzazione cui le perdite stesse si riferiscono.

Si fa ulteriormente presente che il presente parere non implica alcuna valutazione, rilevante ai fini della legittimità anche sotto il profilo della elusività fiscale, dell'intera operazione di ristrutturazione e, in particolare, dell'operazione di incorporazione della società Eta. Per completezza si precisa che anche quest'ultima società, in quanto residente in Italia, potrà usufruire della neutralità dell'operazione di fusione transfrontaliera solo qualora abbia visto confluire il proprio patrimonio in una stabile organizzazione sita nel territorio italiano.

Il presente parere viene reso al solo scopo di fornire contributi ed orientare più proficuamente le considerazioni da porre a base del provvedimento del Direttore regionale, cui esclusivamente compete la determinazione finale in ordine all'accoglimento o meno dell'istanza di disapplicazione presentata ai sensi dell'art. 37-*bis*, comma 8, del D.P.R. n. 600 del 1973.