

RISOLUZIONE N. 161/E



Direzione Centrale Normativa

Roma, 22/12/2017

OGGETTO: Interpello ordinario – fusione per incorporazione tra due società comunitarie con stabile organizzazione in Italia – applicabilità dell’articolo 181 del TUIR anche alle operazioni di cui alla lettera d) dell’articolo 178 del TUIR.

QUESITO

L’istante ALFA BRANCH è la stabile organizzazione in Italia di ALFA, società di diritto francese che opera nel settore bancario.

ALFA ha incorporato la società di diritto lussemburghese BETA. La fusione, attuata in ossequio alle disposizioni di cui alla Direttiva 2005/56/CE, è stata posta in essere in data 19 dicembre x ed ha avuto effetto dal 1° gennaio x+1.

BETA, a sua volta, operava in Italia per il tramite della stabile organizzazione denominata BETA BRANCH, che esercitava sul territorio nazionale le attività di BETA e che è cessata in seguito alla citata fusione.

La stabile organizzazione della società incorporante ALFA, che è stata appositamente costituita in vista della citata fusione transfrontaliera tra ALFA e

BETA, in virtù dell'effetto successorio dell'operazione è subentrata nella titolarità di tutte le attività e le passività e di tutti i rapporti giuridici in essere presso la stabile organizzazione italiana della società incorporata.

Per il triennio 2015-2017, BETA, per il tramite di BETA BRANCH, aveva optato, per il regime del consolidato fiscale in qualità di soggetto consolidato, con GAMMA, soggetto consolidante.

L'istante chiede se, per effetto della fusione transfrontaliera avvenuta tra ALFA e BETA, le perdite in capo a BETA BRANCH siano riportabili nella stabile organizzazione di ALFA, ossia in ALFA BRANCH.

SOLUZIONE INTERPRETATIVA PROSPETTATA DAL CONTRIBUENTE

L'istante ritiene che il combinato disposto degli articoli 178 e 179 del TUIR debba applicarsi anche con specifico riferimento alla riportabilità delle perdite (realizzate ante fusione ed ante consolidato), con la conseguente applicazione del regime di neutralità fiscale di cui all'articolo 172 del TUIR anche alle fusioni transfrontaliere regolate dalla Direttiva 2005/56/CE, che vedono coinvolte società estere (e residenti in stati comunitari) che operano in Italia attraverso la presenza di stabili organizzazioni.

In particolar modo, l'istante ritiene che debba trovare applicazione la disciplina contenuta al comma 7 dell'articolo 172, richiamata anche dall'articolo 181 del TUIR, che prevede la riportabilità delle perdite fiscali realizzate dal soggetto "incorporato" (in questo caso BETA e, conseguentemente, BETA BRANCH) da parte del soggetto incorporante (in questo caso ALFA, e, conseguentemente, ALFA BRANCH).

La società, a supporto della soluzione prospettata, richiama quanto espresso dall'Agenzia delle entrate con la Risoluzione n. 470/E del 3 dicembre 2008 in

relazione alla neutralità fiscale delle operazioni di fusione realizzate da soggetti non residenti che operano in Italia attraverso stabili organizzazioni.

L'istante evidenzia, tuttavia, che il citato documento di prassi, pur essendo attinente alla fattispecie prospettata nell'istanza ed avendo chiarito l'applicabilità del regime di neutralità di cui all'articolo 172 del TUIR, non ha trattato specificatamente il tema del possibile riporto delle perdite fiscali maturate ante fusione dalla stabile del soggetto incorporato.

In tal senso, l'istante afferma che l'articolo 181 del TUIR precedentemente menzionato, che tratta del riporto delle perdite fiscali nelle operazioni di fusione transnazionali, richiama soltanto quelle di cui alle lettere a) e b) dell'articolo 178 del TUIR, mentre l'operazione in esame rientra nel novero della successiva lettera d).

L'istante ritiene che quanto disposto dall'articolo 181 del TUIR, per ragioni di coordinamento normativo, possa valere anche per l'operazione in analisi, in cui le perdite fiscali sono riferibili ad una stabile organizzazione in Italia di un soggetto non residente che, in seguito ad una fusione transnazionale, viene incorporato in un altro soggetto non residente, anch'esso operante in Italia per il tramite di una stabile organizzazione.

PARERE DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE

In via preliminare, si osserva che la questione sottoposta all'attenzione della Scrivente ha natura puramente interpretativa, per cui la richiesta posta dall'istante “se per effetto della fusione transfrontaliera avvenuta tra ALFA e BETA le perdite in capo a BETA BRANCH siano riportabili nella stabile organizzazione di ALFA, ossia in ALFA BRANCH”, va intesa nel senso di verificare se e in quali termini giuridici in una operazione di fusione tra soggetti comunitari non residenti che

operino nel territorio dello Stato attraverso stabili organizzazioni siano astrattamente riportabili le perdite fiscali pregresse prodotte dalle stabili stesse.

Ciò premesso, con riguardo al caso in esame, si osserva che la fusione riguarda due società residenti in altri Stati membri dell'Unione europea (Francia e Lussemburgo) entrambe dotate di una stabile organizzazione in Italia.

In ordine alla disciplina fiscale della fusione della società lussemburghese che verrà incorporata dalla società francese, in presenza di stabili nel territorio italiano, occorre verificare l'applicabilità del combinato disposto degli articoli 178, comma 1, lettera d) e 179, comma 2, del TUIR, costituenti norme di recepimento della Direttiva n. 90/434/CE (ora trasfusa nella Direttiva 2009/133/CE).

A livello comunitario, le operazioni di fusione sono disciplinate dalla Direttiva del 19 ottobre 2009, n. 2009/133/CE che prevede norme comuni al fine di assicurare alle operazioni di fusione, scissione, conferimento d'attivo e scambi azionari un regime analogo a quello previsto dai diversi Stati per le operazioni interne.

Le disposizioni comunitarie sono state trasfuse nell'ordinamento italiano nel Titolo III, Capo IV, articoli da 178 a 181 del TUIR. In particolare, l'articolo 178, comma 1, lettera a) prevede che *"le disposizioni del presente capo si applicano: a) alle fusioni tra società per azioni, in accomandita per azioni, a responsabilità limitata, cooperative e di mutua assicurazione, enti pubblici e privati aventi per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali, residenti nel territorio dello Stato, e soggetti residenti in altri Stati membri della Comunità economica europea, purché non si considerino, per convenzione in materia di doppia imposizione con Stati terzi, residenti fuori della Comunità, che appartengano alle categorie indicate nella tabella A allegata al presente testo unico, da considerare automaticamente aggiornata in conformità con eventuali modifiche dell'allegato alla direttiva del Consiglio delle Comunità europee n. 90/434 del 23 luglio 1990, e siano sottoposti a una delle imposte indicate nella*

tabella B allegata al presente testo unico o ad altra che in futuro la sostituisca, senza possibilità di opzione, sempre che nel concambio l'eventuale conguaglio in danaro ai partecipanti dei soggetti fusi o incorporati non superi il 10% del valore nominale della partecipazione ricevuta".

In virtù della lettera d), comma 1, dell'articolo 178 del TUIR le disposizioni del Titolo III, Capo IV del TUIR vengono applicate anche alle operazioni di fusione, scissione e conferimento d'azienda tra soggetti comunitari non residenti nel territorio dello Stato, con riguardo alle stabili organizzazioni italiane oggetto dell'operazione stessa.

L'articolo 179, comma 1, del TUIR, infine, dispone che "*alle operazioni indicate nelle lettere a), b) e b-bis) dell'articolo 178 si applicano le disposizioni di cui agli articoli 172 e 173*", mentre, il comma 2 della stessa norma permette di estendere le disposizioni del comma 1 (ossia, gli effetti della neutralità di cui all'articolo 172 del TUIR, disciplinante le operazioni "domestiche") anche alle operazioni di riorganizzazione poste in essere tra soggetti comunitari non residenti in Italia, con riguardo alle stabili organizzazioni presenti nel territorio dello Stato. In altri termini, la neutralità fiscale tipica delle operazioni di riorganizzazione "domestiche" si estende, a certe condizioni, ai complessi aziendali delle stabili organizzazioni italiane dei soggetti comunitari non residenti che partecipano alla fusione.

Ciò posto, come già chiarito dall'Agenzia delle Entrate con riguardo ad una fattispecie analoga a quella in esame (cfr. Risoluzione n. 175 del 2009), per le fattispecie per cui sia acclarato che:

- 1.l'operazione di fusione - coinvolgendo società residenti in stati membri diversi dell'Unione Europea e, comunque, nel presupposto che siano soddisfatte le condizioni richieste dalle sopra riportate lettere a) e d) dell'art. 178 del TUIR - si qualifichi come fusione transfrontaliera;

2. sussista il requisito sostanziale dell'attuazione dell'operazione di fusione per incorporazione come modalità di scioglimento senza liquidazione.

potrà concludersi che trova applicazione il principio di neutralità e di continuazione dei valori fiscali sancito dal TUIR in materia di fusioni "domestiche", nei limiti in cui la stabile organizzazione mantenga inalterato il complesso dei beni, diritti ed obblighi facenti capo ad essa anteriormente alla fusione.

Diversamente, nel caso in cui alcuni beni vengano "distolti" dalla stabile, ai sensi del comma 6 del citato articolo 179, del TUIR, si considerano realizzati al valore normale i componenti dell'azienda o del complesso aziendale che abbiano formato oggetto delle operazioni di cui alla lettera d), del comma 1, dell'articolo 178, del TUIR, eventualmente fuoriusciti dalla stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato.

Con riguardo all'ulteriore questione sollevata in istanza, afferente la possibilità di utilizzare le perdite fiscali pregresse realizzate, prima della fusione, dalla stabile organizzazione della società lussemburghese (incorporata), nei limiti ed alle condizioni previste dagli articoli 172, comma 7 e 181, del TUIR, l'interpellante chiede di conoscere se il richiamo effettuato dall'art. 181 del TUIR alle sole operazioni di cui alle lettere a) e b) del precedente articolo 178 possa estendersi anche alle operazioni di cui alla lettera d) della citata norma. Ciò, al fine di stabilire se sia possibile applicare la disciplina di cui al citato articolo 181 anche al riporto delle perdite fiscali che la stabile organizzazione della società incorporata ha maturato anteriormente alla fusione rappresentata in istanza.

L'articolo 181 del TUIR prevede 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" .

Ad avviso della scrivente, benché detta disposizione faccia riferimento soltanto alle fusioni e alle scissioni totali transfrontaliere in cui la società incorporata o scissa italiana si trasforma in una stabile organizzazione della/e società incorporante (beneficiarie) non residente/i, per ragioni di ordine logico sistematico si ritiene che la stessa debba trovare applicazione in relazione a tutte quelle operazioni di riorganizzazione poste in essere tra soggetti comunitari non residenti in Italia che comportino nello stesso Stato italiano una costituzione o una aggregazione o un semplice trasferimento (da un soggetto all'altro) di stabili organizzazioni.

Per comprendere l'ambito di applicazione e le finalità del citato articolo 181 si rimanda a quanto chiarito dalla scrivente nella risoluzione n. 66 del 2007.

In particolare, viene detto che “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 (n.d.r. sesto considerando della Direttiva 2009/133/CE del Consiglio) 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).”

Ciò posto, ad avviso della scrivente, nel caso in commento in cui – per quanto si desume - nel territorio dello Stato si verifica l’integrazione di attivi, in virtù di un’operazione transnazionale che determina l’attribuzione del patrimonio della stabile organizzazione della società “conferente” ad una stabile organizzazione preesistente, riferibile alla società “beneficiaria”, la norma deputata a disciplinare il riporto delle eventuali perdite fiscali pregresse è l’articolo 181 del TUIR.

Va da sé che qualora, come di consueto accade, l’intero patrimonio della stabile organizzazione della “conferente” confluisca nella stabile organizzazione riferibile alla società “beneficiaria” costituita appositamente in occasione dell’operazione straordinaria, tale per cui non può esservi integrazione di attivi, la norma in commento non troverà, di fatto, applicazione.

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

IL DIRETTORE CENTRALE

(firmato digitalmente)