

OGGETTO: Disapplicazione articolo 172, comma 7, del TUIR, in caso di patrimonio netto incapiente e test di vitalità rispettato

QUESITO

Con l'istanza in esame si chiede la disapplicazione delle limitazioni di cui all'articolo 172, comma 7, del TUIR, relativamente al riporto delle perdite fiscali, degli interessi passivi indeducibili e delle eccedenze di ACE, in relazione ad una operazione di fusione che interesserà tre società appartenenti al gruppo X, controllate direttamente (la ALFA S.p.A., di seguito "ALFA" e la BETA S.p.A., di seguito "BETA"), o indirettamente (GAMMA S.r.l., di seguito "GAMMA") da X S.p.A.(di seguito "X"), a sua volta, direttamente controllata dalla società di diritto tedesco X GmbH, *leader* mondiale nel mercato

Il fondo di *private equity* J ha acquisito la ALFA nel 2006 e la BETA nel 2011. Nel 2013, dette società venivano acquisite dal fondo lussemburghese Y che, nel novembre del 2017, le cedeva definitivamente a X (che le acquisiva per accrescere la sua presenza nel mercato italiano).

Con documentazione integrativa del 18 ottobre 2018, l'istante ha precisato che il gruppo X, in occasione della acquisizione di ALFA e BETA (e della controllata indiretta GAMMA), ha quantificato il valore economico del patrimonio di ciascuna delle società partecipanti. Tale valore risulta pari a euro per ALFA e ad euro per BETA.

In occasione dell'acquisto, X si è impegnata a versare euro per la sottoscrizione di una "*capital contribution*" nella ALFA, ed euro per la

sottoscrizione di una “*capital contribution*” in BETA da utilizzare per il rimborso dei finanziamenti in essere (cfr. lettere del 15 novembre 2017 inviate alla ALFA e a BETA allegate alla documentazione integrativa citata).

Il programma di riorganizzazione del ramo italiano del gruppo X prevede la concentrazione di beni e funzioni in capo alla ALFA, attraverso la contestuale incorporazione di BETA e GAMMA.

Le società partecipanti alla fusione, per allineare il proprio periodo contabile a quello utilizzato nel nuovo gruppo di appartenenza, hanno preliminarmente anticipato al 30 settembre la chiusura dell’esercizio (rispetto al 31 dicembre, data di chiusura dell’esercizio fino all’anno n) con la conseguenza che $n+1$ è un esercizio di durata inferiore ai dodici mesi.

Il 4 maggio $n+2$ i consigli di amministrazione hanno approvato il progetto di fusione. Gli effetti giuridici della fusione decorreranno dal primo giorno del mese successivo a quello in cui sarà intervenuta l’ultima delle iscrizioni dell’atto di fusione, prevista dall’articolo 2504 del codice civile. Ai sensi dell’articolo 2504-*bis* del codice civile, gli effetti contabili e fiscali dell’operazione di fusione saranno retrodatati al 1° ottobre dell’esercizio in corso alla data dell’ultima delle iscrizioni dell’atto di fusione prevista dall’articolo 2504 del codice civile.

Le posizioni soggettive richieste dall’istante sono state valorizzate al 30 settembre $n+2$ nella documentazione integrativa spontanea inviata il 5 dicembre $n+2$.

Per la ALFA si chiede di riportare posizioni soggettive per complessivi euro, ripartite come segue perdite fiscali, euro; eccedenze ACE, euro; interessi passivi, euro

Per BETA si chiede di riportare posizioni soggettive per complessivi euro, ripartite come segue perdite fiscali, euro; eccedenze ACE, euro; interessi passivi, euro

Per la GAMMA si chiede di riportare posizioni soggettive per complessivi euro, ripartite come segue perdite fiscali, euro; eccedenze ACE, euro;

interessi passivi, euro Le perdite di GAMMA sono quelle realizzate al 30 settembre n al netto della perdita di esercizio che la GAMMA ha imputato, ai sensi dell'articolo 115 del TUIR (nei limiti del patrimonio netto della stessa GAMMA), alle controllanti ALFA e BETA.

Gli *asset* fiscali relativi all'esercizio successivo non vengono al momento rappresentati perché *“la mancata effettuazione della fusione non consente l'individuazione di un periodo di retrodatazione fiscale”* (cfr. pagina 3, documentazione integrativa citata).

Inoltre, l'ammontare delle perdite fiscali maturate dalla ALFA potrebbe essere più alto ad esito di un accertamento dell'amministrazione finanziaria, che ha contestato l'omessa rilevazione di una sopravvenienza attiva e il conseguente mancato utilizzo di perdite compensabili che sono state, pertanto, riprese a tassazione.

Con riferimento ai *test* del patrimonio netto di cui all'articolo 172, comma 7, del TUIR l'istante, con la documentazione integrativa spontanea citata, ha fornito come bilancio di riferimento quello chiuso al 30 settembre $n+2$, ritenuto l'ultimo esercizio chiuso prima della data di efficacia giuridica della fusione, ancorché non approvato (in base alla Risoluzione n. 54/E del 2011). I rispettivi patrimoni netti di riferimento sono:

- ALFA euro ...;
- BETA euro;
- GAMMA euro

L'istante, a seguito della predetta fusione, intende riportare gli *asset* fiscali sopra indicati evidenziando che, avuto riguardo ai presupposti di deducibilità individuati dall'articolo 172, comma 7, del TUIR, non risulta rispettato per la ALFA e BETA il *test* del patrimonio netto, mentre risulterebbe rispettato il *test* di vitalità delle singole società, chiedendo di conseguenza la disapplicazione della disposizione citata.

SOLUZIONE INTERPRETATIVA PROSPETTATA DAL CONTRIBUENTE

L'istante, nella documentazione inviata, successivamente integrata, sostiene che le società siano vitali e, a sostegno della sua tesi, riferisce che parte dei risultati gestionali negativi delle società partecipanti alla prospettata operazione di fusione sono derivanti da eventi di natura eccezionale.

In particolare, quelli della ALFA sarebbero stati influenzati: (1) da insussistenze di magazzino per oltre euro, generate da alterazioni delle rimanenze nel *n-8* derivanti da atti di cattiva gestione imputabili ai vecchi amministratori; (2) da oneri finanziari netti riconducibili all'operazione di MLBO con cui nel *n-10* il fondo di investimento J acquisiva il controllo di ALFA; (3) dalla consistente svalutazione da *impairment test* dell'avviamento pari a euro ... nel *n-5*; (4) dalla ristrutturazione operativa che ha comportato il sostenimento di significativi oneri straordinari dal *n-4*.

Invece, per BETA, i risultati negativi sarebbero stati la conseguenza: (1) di un nuovo ciclo di investimenti che aveva il fine di ampliare la propria rete di punti vendita (incrementata di ben .. negozi) e che generava i suoi effetti nei conti economici degli anni successivi attraverso gli ammortamenti delle immobilizzazioni; (2) della presenza degli oneri finanziari netti relativi all'operazione di LBO avvenuta nel *n-10* per finanziarne l'acquisto, da parte dei fondi di investimento che, nel luglio del *n-5*, hanno a loro volta ceduto la società al fondo J.

L'istante afferma, inoltre, che:

- in assenza dei succitati oneri straordinari il risultato ante-imposte della società sarebbe stato, nel periodo di riferimento, positivo o quantomeno prossimo al pareggio;

- nel *n-4*, ALFA e BETA venivano interessate da una procedura di ristrutturazione del debito, ai sensi dell'articolo 67, comma 3, lettera *d*), del Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 167 e che le due società, a seguito dell'attuazione dei

programmi di risanamento, hanno migliorato in maniera sensibile i propri risultati;

- gli esercizi che precedono l'acquisizione sono caratterizzati da miglioramenti dell'EBITDA;

- le tre società presentano un organico rilevante (ALFA, più di ... unità operanti in più di ... punti vendita; BETA, circa ... dipendenti in più di ... punti vendita; GAMMA, circa ... dipendenti);

- ALFA e BETA presentano la capacità di generare utili futuri, anche in assenza della operazione di fusione prospettata e in assenza del rafforzamento patrimoniale posto in essere dalla nuova compagine sociale. Ciò è stato valutato sulla base di un *business plan* predisposto nel n , precedentemente, quindi, all'acquisizione di ALFA e BETA da parte del gruppo X, che dà conto di un potenziale miglioramento dei risultati economici del gruppo, a fronte di politiche commerciali non dissimili da quelle recentemente pianificate. Le previsioni di assorbimento degli *asset* fiscali pregressi della ALFA contemplano l'utilizzo, nel periodo $n+1/n+5$, di Euro.... di eccedenze di interessi passivi e il recupero complessivo delle perdite fiscali. Le previsioni di assorbimento degli *asset* fiscali pregressi de BETA contemplano l'utilizzo, nel periodo $n+1/n+5$, di Euro di eccedenze di interessi passivi ed euro di perdite fiscali;

- sebbene al 30 settembre $n+2$, come precisato con la documentazione integrativa spontanea citata del 5 dicembre 2018 sulla base di un bilancio ancora non approvato, la ALFA presenti perdite fiscali pregresse per euro ... , vi è stato un notevole recupero delle perdite fiscali della ALFA, in assenza della prospettata fusione, a fronte di redditi imponibili prodotti.

PROVVEDIMENTO 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 (ivi compresi quelli

oggetto di contestazione) riportati dalla Società nell'istanza, nonché la corretta determinazione e quantificazione degli interessi passivi indeducibili riportabili, delle perdite fiscali e delle eccedenze ACE, dei quali si chiede la disapplicazione. In questa sede, la scrivente non si esprime, in particolare, sulla correttezza delle valutazioni contabili adottate a base della istanza in esame e non esprime alcuna valutazione sulla correttezza delle situazioni patrimoniali/bilanci non approvati presentati con riferimento alla data del 31 agosto $n+2$ (documentazione integrativa del 18 ottobre 2018) e del 30 settembre $n+2$ (documentazione integrativa spontanea citata).

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.

Per le ragioni che si andranno ad esporre, la scrivente fornisce parere positivo alla disapplicazione della normativa di contrasto alla compensazione intersoggettiva delle perdite fiscali di cui all'articolo 172, comma 7, del TUIR.

In materia di fusioni, si ricorda che in base all'articolo 172, comma 7, del TUIR, le perdite fiscali delle società partecipanti all'operazione, compresa l'incorporante, possono essere portate in diminuzione del reddito della società risultante dalla fusione, incorporante o beneficiaria:

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 dei 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. allorché dal conto economico della società le cui perdite sono oggetto di riporto, 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.

Lo stesso comma 7 del menzionato articolo 172 estende l'applicazione del limite sopra indicato *“agli interessi indeducibili oggetto di riporto in avanti di cui al comma 4 dell'art. 96, nonché all'eccedenza relativa all'aiuto alla crescita economica di cui all'articolo 1, comma 4, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214”*.

La *ratio* delle limitazioni poste dall'articolo 172, comma 7, del TUIR è di contrastare il c.d. commercio di “bare fiscali”, mediante 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 disposizione normativa (da ultimo, cfr. la circolare del 9 marzo 2010, n. 9/E).

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).

In un'ottica antielusiva, 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).

Nel caso specifico, va osservato, innanzitutto, che a seguito dell'aggiornamento dei dati ritraibile della integrazione spontanea citata, è risultato che la GAMMA rispetta anche il limite del patrimonio netto e, pertanto, potrà riportare le proprie posizioni soggettive.

Nel caso di ALFA e BETA, invece, ricorrono le condizioni di cui al punto *sub 2*), ma non le condizioni di cui al punto *sub 1*).

Il *test* di vitalità delle singole società partecipanti alla fusione viene superato sulla base dei prospetti di conto economico riferiti fino al 30 settembre $n+2$ poiché, come specificato con documentazione integrativa, la fusione non è stata ancora attuata.

Per questo motivo, la presente risposta positiva è condizionata dalla ulteriore verifica che la condizione *sub 2*) resti valida anche alla data di efficacia giuridica della fusione.

Ove, cioè, alla suddetta data, i *test* di vitalità dovessero risultare non superati, la risposta all'interpello, ancorché positiva, non consentirebbe, di per sé, il riporto delle posizioni soggettive richieste.

Tutto ciò premesso, si riportano le circostanze oggettive individuate nella documentazione inviata dall'istante che, stante la situazione di eccezionalità, consentono, nel loro complesso, di superare anche il limite del patrimonio netto.

Per quanto riguarda la ALFA e BETA, i risultati negativi non sembrano tali da pregiudicarne l'operatività in quanto:

- questi sono, in parte, la conseguenza degli eventi di natura eccezionale e delle circostanze straordinarie rappresentate dall'istante;
- le due società presentano un organico rilevante;
- dopo l'acquisizione avvenuta nel novembre $n+1$ da parte del Gruppo X, come riportato nella parte descrittiva dell'interpello, si è pervenuti alla estinzione dei finanziamenti in capo a ALFA e a BETA;
- la ALFA, per poter estinguere i predetti finanziamenti, è stata capitalizzata per complessivi ... di euro mediante conferimento effettuato in data

15 novembre $n+1$. Detto conferimento, si è reso necessario poiché il risultato netto relativo all'esercizio chiuso al 30 settembre $n+1$ risulta essere negativo per ... euro. Conseguentemente la società, alla data di riferimento del Bilancio, si trovava nelle condizioni previste dagli articoli 2446 e 2447 del codice civile, posto che il patrimonio netto risultava pari a meno ... euro. Risulta evidente, pertanto, che nei 24 mesi precedenti sono stati effettuati versamenti determinati dall'incombenza civilistica di ripianare le perdite superiori al terzo del capitale sociale, oltre che dalla necessità di onorare i debiti pregressi. Nella situazione in esame, perciò, i conferimenti descritti non sembrano essere riconducibili all'intento elusivo di incrementare artatamente il patrimonio della società interessata, allo scopo di utilizzare in compensazione un maggior ammontare di perdite pregresse. In questo caso, disapplicando la regola della riduzione del limite del patrimonio netto coi versamenti effettuati nei precedenti 24 mesi, la società potrebbe riportare quasi tutte le posizioni soggettive;

- anche BETA, per poter estinguere i predetti finanziamenti, ed essendosi trovata nelle condizioni previste dall'articolo 2446 del codice civile, a seguito di una perdita di esercizio $n+1$ pari ad euro ..., è stata capitalizzata mediante un versamento in conto capitale di euro In questo caso, la disapplicazione della regola della riduzione del limite del patrimonio netto in base ai versamenti effettuati nei precedenti 24 mesi, consentirebbe il riporto di tutte le posizioni soggettive;

- l'estinzione dei finanziamenti ha, anche, contribuito al miglioramento dei risultati economici della ALFA, che sosteneva ingenti oneri finanziari (ad esempio, nei tre anni tra il $n-3$ e il $n-1$, ammontavano in totale ad Euro) e di BETA, anch'essa gravata da una struttura del capitale fortemente sbilanciata verso i finanziamenti (che hanno pesato, nel periodo $n-4$ e n , per un totale di Euro);

- l'attività di gestione dei punti vendita continuerà ad essere esercitata dalla Società risultante dalla fusione. In merito, l'istante ha precisato

che il gruppo X ha intenzione di valorizzare i principali *asset* a disposizione, vale a dire la rete dei negozi di ALFA e BETA, mediante l'integrazione dei diversi servizi in punti vendita *multiservice*.

Tutto ciò considerato, si rileva che l'operazione di aggregazione aziendale non rappresenta l'epilogo di una manovra elusiva finalizzata all'indebito utilizzo, da parte del soggetto risultante dall'operazione, di perdite fiscali, interessi passivi ed eccedenze di ACE, maturati da società, partecipanti alla fusione, la cui attività economica sia ormai inesistente.

In merito, giova osservare che, nel caso di ALFA e BETA, non si riscontra la possibilità che l'operazione di fusione produca alcuna compensazione intersoggettiva delle perdite fiscali pregresse di una con i redditi dell'altra, poiché entrambe le società presentano perdite fiscali pregresse riportabili. Né si osserva alcuna possibile deduzione degli interessi passivi riportabili dell'una attraverso il ROL dell'altra, poiché entrambe le società non hanno prodotto ROL.

È, del pari, esclusa la possibilità che intervenga un'accelerazione nella deduzione degli interessi passivi della società risultante dalla fusione, a seguito della predetta operazione, da realizzarsi attraverso "l'utilizzo" degli interessi attivi di BETA (cfr. pag. .. del bilancio $n+1$) la ALFA (cfr. pag. .. del bilancio $n+1$) o la GAMMA (cfr. pag. .. del bilancio $n+1$) poiché dette società producono oneri finanziari superiori ai proventi finanziari.

In conclusione, per le motivazioni sopra esposte, si ritiene, che nella fattispecie in esame, possa essere disapplicato il comma 7 dell'articolo 172 del TUIR.

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 ad interim

(firmato digitalmente)