

Oggetto: Disapplicazione articolo 172, comma 7, del TUIR

Con l'interpello specificato in oggetto è stato esposto il seguente

QUESITO

Nell'anno x Alfa ha incorporato Beta (di seguito, anche "incorporata").

L'operazione è stata posta in essere a seguito della verifica ispettiva condotta dalla Banca d'Italia nei confronti di Beta nei mesi di maggio e giugno ..., i cui esiti hanno rilevato alcune criticità negli assetti organizzativi, di struttura e di *governance*, che ne hanno reso necessaria la revisione per garantire una corretta gestione delle dinamiche di deterioramento e qualità del credito.

L'istante chiarisce che la scelta di procedere mediante fusione è stata dettata dalla volontà di preservare le potenzialità produttive connesse al radicamento sul territorio e dal consolidato rapporto con la clientela che l'incorporata ha sviluppato negli anni.

In considerazione di tali esigenze, è stata individuata Alfa come incorporante, in quanto società solida e disponibile all'operazione aggregativa per le prospettive di penetrazione nel territorio coperto da Beta.

Sul punto, in sede di documentazione integrativa, resa a seguito di richiesta della scrivente, l'istante ha precisato che la fusione è intervenuta tra parti indipendenti e con concambio, cosicché il patrimonio netto e la base sociale della banca risultante dall'incorporazione si sono ampliati rispetto alla situazione delle due banche partecipanti all'operazione straordinaria.

Il processo di incorporazione, svolto sotto la vigilanza della Banca d'Italia, si è strutturato nelle seguenti fasi:

- approvazione del progetto di fusione, da parte dei consigli di amministrazione di Alfa e di Beta, rispettivamente nelle datedell'anno x-1;
- lettera di Banca d'Italia di autorizzazione all'operazione;
- approvazione del progetto di fusione da parte delle assemblee dei soci di Alfa e di Beta, in data ...anno x.

L'atto di fusione è stato concluso ildell'anno x, mentre la decorrenza degli effetti giuridici, fiscali e contabili dell'operazione è stata stabilita a decorrere dal 1° aprile dell'anno x.

Beta presenta perdite fiscali ed eccedenze dell'Aiuto alla Crescita Economica (ACE), come risultanti al 31 marzo dell'anno x, pari a:

- euro a titolo di perdite fiscali riportabili per la parte che eccede l'utile che non ha concorso alla formazione del reddito nei periodi d'imposta precedenti;
- euro a titolo di eccedenza ACE.

L'incorporante, invece, non presenta né perdite fiscali, né eccedenze ACE riportabili.

La presenza di perdite fiscali e di eccedenze ACE per Beta fa sorgere l'onere di verificare la ricorrenza dei presupposti previsti dall'articolo 172, comma 7, del TUIR, che, nel caso di specie, risultano rispettati limitatamente al *test* di vitalità, mentre non sono superati i limiti patrimoniali previsti dalla norma poiché il patrimonio netto, dal bilancio chiuso alla data del 31 marzo dell'anno x, risulta essere pari aeuro.

L'istante, quindi, chiede la disapplicazione dell'articolo 172, comma 7, del TUIR, in relazione alla descritta operazione straordinaria e, per l'effetto, di considerare riportabili le perdite fiscali pregresse e le eccedenze ACE dell'incorporata.

**SOLUZIONE INTERPRETATIVA PROSPETTATA DAL
CONTRIBUENTE**

Alfa valorizza preliminarmente l'operatività di Beta fino alla data di efficacia giuridica della fusione, dal momento che gli indici di vitalità, al 31 marzo dell'anno x, confermano che la stessa non ha mai smesso di "fare banca".

L'istante fa presente che l'insufficienza patrimoniale rispetto al totale delle perdite fiscali e dell'eccedenza ACE non è indice di uno svuotamento dell'incorporata, in grado di incidere sulla sua capacità futura di produrre redditi, ma deriva, in gran parte, da svalutazioni del portafoglio crediti operate nel bilancio chiuso al 31 dicembre dell'anno x-1 e nella situazione patrimoniale al 31 marzo dell'anno x.

Inoltre, sulla base delle dichiarazioni e dei bilanci relativi ai predetti periodi (1° gennaio-31 dicembre anno x-1 e 1° gennaio-31 marzo anno x), l'istante osserva che le perdite fiscali, in buona sostanza, ricalcano le perdite civilistiche maturate negli stessi esercizi, al netto di alcune variazioni in aumento frutto della corretta applicazione delle relative disposizioni fiscali (essenzialmente: interessi passivi indeducibili e accantonamenti ai fondi rischi, nell'anno x; accantonamenti ai fondi rischi, imposte indeducibili e sopravvenienze passive, nel periodo chiuso al 31 marzo anno x).

Nella citata documentazione integrativa, l'istante specifica che le difficoltà reddituali registrate dall'incorporata nel triennio antecedente alla fusione sono state determinate dalle politiche attuate e dai rischi assunti dagli organi gestori allora operanti, sfociati in scelte di spesa poco oculate che hanno ingenerato criticità finanziarie e patrimoniali tali da attirare l'intervento della Banca d'Italia per il pericolo di una riduzione del patrimonio di vigilanza sotto le soglie consentite.

Alfa illustra, quindi, le ragioni economiche sottese all'operazione straordinaria, volta alla risoluzione delle criticità emerse dall'ispezione di Banca d'Italia, a cui si accompagnano esigenze di rafforzamento territoriale dell'incorporante e di conseguimento di vantaggi operativi dalla fusione delle due realtà imprenditoriali.

Pertanto, alla luce di quanto sopra, l'istante ritiene dimostrate la capacità produttiva e l'operatività di Beta fino alla data dell'incorporazione, e confida di aver dato prova che la riduzione del patrimonio netto e le perdite fiscali sono espressione del processo di risanamento della incorporata.

L'incorporante, quindi, ritiene che ricorrano i presupposti per la disapplicazione della disposizione elusiva di cui all'art. 172, comma 7, del TUIR e che, pertanto, possa riportare in avanti integralmente le perdite fiscali (euro) e l'eccedenza ACE (euro) dell'incorporata.

PARERE 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 riportati da Alfa nell'istanza. 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, per l'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 "*all'eccedenza relativa all'aiuto alla crescita economica di cui all'art. 1, comma 4, del D.L. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con modificazioni, dalla L. 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 norma (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).

Le perdite fiscali riportabili e le eccedenze ACE sono esclusivamente quelle prodotte da Beta e ammontano rispettivamente a euro e a euro, alla data di efficacia giuridica della fusione (1 aprile anno x).

Con riferimento ai requisiti economici previsti dall'articolo 172, comma 7, del TUIR, si rileva che l'incorporata supera il *test* di vitalità calcolato sia con riferimento al periodo antecedente a quello in cui è intervenuta l'efficacia giuridica della fusione (ossia la frazione di esercizio compresa tra il 1° gennaio anno x e il 31 marzo anno x) e sia con riferimento all'esercizio antecedente a quello in cui è stata deliberata la fusione (ossia l'esercizio compreso tra il 1° gennaio anno x-1 e il 31 dicembre anno x-1).

In dettaglio, l'ammontare dei ricavi e dei proventi dell'attività caratteristica riferiti ai predetti periodi - rispettivamente, euro al 31 marzo anno x (ragguagliati all'intera annualità) e euro al 31 dicembre anno x-1 - risulta superiore al 40 per cento della media dei medesimi valori del biennio precedente, corrispondente rispettivamente a euro e a euro. L'ammontare delle spese per prestazioni di lavoro subordinato e relativi contributi corrisponde, al 31 marzo anno x, a euro (ragguagliati all'intera annualità), superando il 40 per cento della media per il biennio x-1/x-2, pari a euro, mentre al 31 dicembre anno x-1, corrisponde a euro, superando il 40 per cento della media del biennio x-2/x-3 pari a

Riguardo alla situazione patrimoniale, l'articolo 172, comma 7, menziona espressamente, quale limite alla riportabilità delle perdite, il "*patrimonio netto quale risulta dall'ultimo bilancio o, se inferiore, dalla situazione patrimoniale di cui all'art.2501-quater del codice civile*".

Nel caso in esame, occorre fare riferimento al patrimonio netto che emerge dallo stato patrimoniale del bilancio dell'incorporata relativo all'esercizio chiuso il 31 marzo anno x.

Infatti, con risoluzione del 9 maggio 2011, n. 54/E è stato precisato come l'espressione "ultimo bilancio" di cui all'articolo 172, comma 7, del TUIR "debba essere correttamente intesa quale bilancio relativo all'ultimo esercizio chiuso

prima della data di efficacia giuridica della fusione, ancorché non approvato a tale data. In particolare in caso di retrodatazione degli effetti fiscali (e contabili) della fusione all'inizio dell'esercizio, l'ultimo bilancio, in tal senso inteso, per la società che detiene le perdite è il bilancio relativo all'esercizio precedente a quello in cui la fusione è perfezionata giuridicamente".

Dal bilancio relativo all'esercizio chiuso al 31 marzo anno x emerge un patrimonio netto di euro che, al netto dei conferimenti eseguiti negli ultimi 24 mesi, l'istante quantifica in euro. Tale limite del patrimonio netto viene preso a riferimento in quanto inferiore alla situazione patrimoniale al 30 settembre x-1 -relativa, quindi, *"ad una data non anteriore di oltre centoventi giorni al giorno in cui il progetto di fusione è depositato nella sede della società ovvero pubblicato sul sito Internet di questa"*, come disposto dall'articolo 2501-*quater* c.c. - che corrisponde a euro.

Il mancato rispetto del c.d. limite patrimoniale da parte di Beta non può comportare l'effetto di limitare il diritto del riporto delle perdite fiscali e delle eccedenze ACE in capo a Alfa all'esito della fusione, non essendo l'incorporata qualificabile come società priva di capacità produttiva alla luce delle considerazioni che seguono.

In merito, si osserva, in via preliminare, che la *ratio* sottesa alla previsione del c.d. limite patrimoniale al diritto di riporto delle perdite fiscali e delle eccedenze ACE nell'ambito delle operazioni straordinarie risiede, secondo quanto emerge dalla stessa relazione governativa all'articolo 123, comma 5, del TUIR (ora, articolo 172, comma 7, del TUIR), nella volontà del legislatore di *"attuare una soluzione equilibrata che pur mantenendo fermo il diritto del riporto delle perdite, eviti che per mezzo della fusione si trasmettano deduzioni del tutto sproporzionate alle consistenze patrimoniali delle società fuse o incorporate"*.

Dall'esame della documentazione prodotta, riferita al periodo antecedente alla fusione, risulta l'evidenza di una costante presenza sul territorio, di adeguati costi del personale e di ricavi derivanti dalla gestione caratteristica riconducibili

sostanzialmente all'operato del predetto personale che dimostra l'esistenza di una capacità operativa in capo a Beta.

Più analiticamente, va rilevato che dall'informativa al pubblico riferita agli esercizi x-3 e x-1 e dalla relazione sulla gestione relativa all'esercizio x-2, emerge che il numero dei dipendenti è costantemente aumentato, passando da ...nel x-3, anel x-2, a ... nel x-1. Coerentemente, i costi per il personale, comprensivi degli oneri sociali, sono cresciuti, seppur moderatamente, da euro nell'esercizio x-3, a euro nell'esercizio x-2, fino a euro nell'esercizio x-1. Inoltre, le cinque agenzie di Beta, dislocate sul territorio di competenza, sono rimaste numericamente inalterate.

Inoltre, la raccolta diretta presso la clientela e il margine di interesse hanno subito fluttuazioni non significative, mentre le commissioni attive hanno riscontrato un incremento nel corso del periodo di osservazione.

Nello specifico, dai bilanci dell'incorporata relativi agli esercizi chiusi al 31 dicembre x-3, 31 dicembre x-2 e 31 dicembre x-1 emergono i seguenti dati:

- commissioni attive pari a mila euro nel x-3, mila euro nel x-2 e mila euro nel x-1;
- un margine di interesse pari a mila euro nel x-3, a circa mila euro nel x-2 e nel x-1;
- una raccolta diretta presso la clientela pari a mila euro nel x-3, mila euro nel x-2, mila euro nel x-1.

Inoltre, in relazione al valore economico di Beta, in sede di documentazione integrativa, Alfa ha precisato di aver applicato, nella redazione del primo bilancio di esercizio successivo alla fusione, il principio contabile IFRS3, il cui obiettivo è quello di rilevare e valutare gli effetti di una aggregazione aziendale nel bilancio dell'entità che l'ha effettuata.

In applicazione di tale principio contabile internazionale, dalla valutazione al *fair value* delle singole attività e passività, è emerso che l'incorporata aveva un valore di mercato complessivo, maggiore rispetto a quello contabile, per ... mila euro.

Alfa specifica che la parte principale del maggior valore attribuito a Beta deriva dal *fair value* dei crediti *in bonis* di quest'ultima, che è risultato maggiore rispetto al relativo valore netto contabile, per mila euro.

Ciò premesso, sulla base delle dichiarazioni e delle affermazioni dell'istante, nonché dell'analisi del contenuto dell'istanza di interpello e dei suoi allegati, sinteticamente riportati nell'esposizione del quesito, si ritiene che Alfa abbia dimostrato di non integrare la situazione che la norma antielusiva intende colpire. Ciò consente alla scrivente di fornire parere positivo alla disapplicazione normativa richiesta con l'attuale istanza.

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)