

Attualità

## Fusioni transfrontaliere. Paletti rigidi per il riporto delle perdite

4 Aprile 2007

Non disapplicabile il vincolo della proporzionalità, ex articolo 181 del Tuir, per i risultati negativi pregressi

Thumbnail

Il vincolo al riporto delle perdite fiscali pregresse riguardante i limiti di cui all'articolo 172, settimo comma, del Tuir, richiamato dall'articolo 181 dello stesso Testo unico, è disapplicabile ai sensi dell'ottavo comma dell'articolo 37-bis del Dpr n. 600 del 1973, mentre l'ulteriore vincolo della proporzionalità del riporto delle perdite alla differenza tra gli elementi dell'attivo e del passivo effettivamente connessi alla stabile organizzazione sita in Italia risultante dall'operazione, non è suscettibile di disapplicazione.

Questa la fondamentale conclusione cui è giunta l'Agenzia delle entrate nell'[risoluzione n. 66/E](#) del 30 marzo riguardante una complessa riorganizzazione transfrontaliera.

Il caso può così riassumersi.

La società di diritto olandese Alfa Beta ha una sede secondaria in Italia (Alfa), alla quale risultano effettivamente connesse delle partecipazioni totalitarie nella società Alfa Gamma Spa, già Delta Srl. A seguito dell'avvio di un processo di accentramento delle attività svolte a livello locale, la società olandese Alfa Beta ha incorporato Alfa Gamma Spa, la quale, al momento della fusione, era interamente posseduta da Alfa Beta tramite la sede secondaria italiana Alfa.

In Italia era, inoltre, presente la sede amministrativa di un'altra società del gruppo, la società Eta, avente sede legale in Olanda e interamente posseduta tramite la sede secondaria italiana.

Con l'operazione di fusione, Alfa Beta ha incorporato simultaneamente Eta (operazione regolata dal diritto olandese) e Alfa Gamma (operazione regolata dal diritto italiano).

A seguito dell'operazione di fusione, le attività e le passività di Alfa Gamma Spa vanno a integrarsi alle attività e alle passività afferenti la sede secondaria Alfa.

La questione interpretativa affrontata dall'Agenzia delle entrate verte sul diritto al riporto delle perdite fiscali pregresse, sofferte dalla sede secondaria italiana Alfa e risalenti al periodo d'imposta 2002.

Evidente obiettivo della società istante è ottenere il pieno riporto delle perdite fiscali di Alfa a seguito dell'operazione di fusione. Tuttavia, dal momento che la differenza tra attività e passività della sede secondaria italiana Alfa è di segno negativo, in virtù del disposto letterale dell'articolo 181 del Tuir, le perdite pregresse non possono essere riportate (così come di segno negativo risulta anche la differenza tra le predette attività e passività e il patrimonio netto di Alfa Gamma Spa).

Di qui la richiesta della società istante di disapplicare la disposizione, con la procedura dell'interpello di cui all'articolo 37bis, ottavo comma, del Dpr n. 600 del 1973, evidenziando una serie di valide ragioni economiche che sorreggerebbero l'operazione di fusione.

L'Agenzia delle entrate, prima di entrare nel merito della disapplicazione dell'articolo 181 del Tuir, ha risolto positivamente la questione interpretativa riguardante la concreta applicabilità al caso in esame dell'articolo 181 del Tuir. A tal fine, dopo aver richiamato il "quinto considerando" della direttiva n. 90/434/Cee, è stato precisato che il caso in esame rientra nell'ipotesi in cui il soggetto incorporante dispone già nel territorio dello Stato di una o più stabili organizzazioni 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"*.

Premesso che tra le operazioni di cui alle lettere a) e b) del comma 1 dell'articolo 178 del Tuir, espressamente richiamate dall'articolo 181, rientra anche quella in esame, l'Amministrazione fiscale è passata a verificare se la disposizione normativa contenuta nell'articolo 181 del Tuir potesse qualificarsi come disposizione antielusiva speciale, suscettibile di disapplicazione.

A tal fine, è stata operata la distinzione giuridicamente rilevante - nell'ambito della formulazione letterale del predetto articolo 181 - tra il limite del riporto proporzionale delle perdite e quello discendente dal rinvio al settimo comma dell'articolo 172 del Tuir.

In particolare, il limite della deducibilità delle perdite fiscali pregresse in proporzione al patrimonio netto della società incorporata effettivamente attribuito alla stabile organizzazione sita in Italia *"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)".*

Proprio alla luce di tale *ratio legis*, viene disconosciuta la natura antielusiva alla disposizione in esame. Il che comporta l'impossibilità della sua disapplicazione ai sensi dell'articolo 37-bis, ottavo comma, del Dpr n. 600 del 1973.

Perciò, se nel caso concreto una quota parte del patrimonio della società Alfa Gamma Spa non risulta confluito nella stabile organizzazione, occorrerà proporzionalmente decurtare l'ammontare delle perdite fiscali riportabili.

Con riferimento al limite della deducibilità, discendente dal rinvio al settimo comma dell'articolo 172 del Tuir operato dall'articolo 181 dello stesso Testo unico, l'Agenzia delle entrate - sulla scorta di un oramai consolidato orientamento - ha ritenuto tale limite disapplicabile ai sensi dell'articolo 37-bis, ottavo comma, del Dpr n. 600/1973, in quanto la sottostante *ratio legis* è di *"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"*.

Nel caso in esame, perciò, il contribuente dovrà dimostrare che la stabile organizzazione non si configuri come una "bara fiscale", alla luce dei due indici (di vitalità e patrimoniale) previsti dal citato settimo comma dell'articolo 172 del Tuir.

A tal fine, occorre dimostrare *"più in generale, che l'operazione di fusione non deve inserirsi in un disegno di tipo elusivo né, 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"*.

Come può notarsi, anche se l'operazione di fusione viene posta in essere tra soggetti riconducibili al medesimo gruppo societario, e anche se le perdite fiscali pregresse siano state sofferte nell'ambito del gruppo, occorre comunque dimostrare l'insussistenza di un fenomeno di commercio di bare fiscali.

Di fondamentale importanza, ai fini della concreta applicazione dell'indice patrimoniale, è poi la precisazione conclusiva secondo cui *"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 e della società incorporata, ma dal solo patrimonio [rectius: fondo di dotazione] della stabile organizzazione cui le perdite stesse si riferiscono"*.

In chiusura, la risoluzione in esame ricorda che ogni determinazione finale nel merito spetterà al competente direttore regionale dell'Agenzia delle entrate, fermo restando 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"*.

di

**Michele Andriola**

URL: <https://www.fiscooggi.it/rubrica/attualita/articolo/fusioni-transfrontaliere-paletti-rigidi-riporto-delle-perdite>