

RISOLUZIONE N. 13/E



Direzione Centrale Normativa

Roma, 02/02/2018

OGGETTO: Interpello probatorio – fusione per incorporazione di una società consolidante con società non inclusa nel consolidato – non applicabilità in via analogica della disciplina prevista dall’articolo 13, commi 5 e 6, del d. m. 9 giugno 2004.

QUESITO

La società BETA, costituita nel corso del ---, era una “Special Purpose Acquisition Company” (SPAC) di diritto italiano, costituita in forma di SIV (Special Investment Vehicle) ai sensi del Regolamento di Borsa Italiana, le cui azioni erano state ammesse a quotazione sul Segmento --- del Mercato --- organizzato e gestito dalla Borsa Italiana. Il processo di quotazione di BETA si era concluso nello stesso anno, con inizio delle negoziazioni il giorno 31 dello stesso mese, a seguito del collocamento ad investitori qualificati in Italia e ad investitori istituzionali all’estero, al prezzo prefissato di Euro -- per azione, per un controvalore complessivo di --- Euro.

BETA, conformemente alla sua natura di SIV, era stata costituita con l’obiettivo di individuare una società *target* con cui realizzare un’operazione di integrazione societaria (cd. *business combination*) finalizzata alla quotazione della

società *target* sul mercato dei capitali. Siffatta *business combination* era intesa quale percorso alternativo rispetto ad un'operazione di quotazione tradizionale sul mercato borsistico e rispondeva all'esigenza di perseguire la quotazione della società *target* con maggiore rapidità e certezza rispetto ad un processo tradizionale di offerta. In particolare, la struttura societaria di BETA ha permesso di realizzare l'operazione di *business combination* - volta alla quotazione in borsa delle azioni della società oggetto di acquisizione, i.e. ALFA - con modalità tecniche più semplici, tempi più rapidi e un grado di incertezza inferiore rispetto ad un processo di quotazione ordinario.

Ciò premesso, BETA ha individuato ALFA quale società *target* ed il ---- 2017 ha proceduto all'acquisizione di quest'ultima ed alla fusione per incorporazione della stessa, mediante atto di fusione stipulato alla data medesima con effetti civilistici, contabili e fiscali decorrenti dal decimo giorno successivo alla data di stipula dell'atto.

ALFA era una società italiana, leader in Europa e nel mondo nel proprio settore produttivo.

L'operazione di acquisizione ha richiesto a BETA l'impiego di risorse per circa ---- milioni di Euro, pari a circa la metà della propria dotazione patrimoniale iniziale. A seguito dell'Acquisizione, BETA è divenuta titolare di n. --- azioni di ALFA, corrispondenti al 53,15% del capitale sociale. A seguito della fusione, BETA ha effettuato il cambio di denominazione sociale e ha modificato il proprio oggetto sociale, che è passato da quello proprio di una SIV a quello "industriale" dell'incorporata ALFA.

BETA aveva presentato in data --- la domanda di ammissione alla quotazione (su un nuovo segmento), a seguito della Fusione, sul Mercato --- organizzato e gestito da Borsa Italiana S.p.A. delle proprie azioni ordinarie e dei market warrant.

L'ammissione a quotazione è avvenuta contestualmente alla data di efficacia della Fusione.

La Fusione ha comportato l'annullamento di tutte le azioni rappresentative del capitale società di ALFA e l'emissione di nuove azioni da parte della società incorporante che sono state, quindi, attribuite ai soci di ALFA.

Ciò detto, viene rappresentato che la società incorporata ALFA aveva stipulato due distinti accordi di consolidamento con le proprie controllate GAMMA e DELTA. Gli accordi in oggetto prevedevano essenzialmente che le perdite trasferite al consolidato da parte di GAMMA sarebbero state utilizzate per prime in compensazione dell'eventuale risultato positivo del gruppo, e che le stesse sarebbero state immediatamente remunerate al momento del trasferimento; mentre le perdite trasferite al consolidato da DELTA sarebbero state utilizzate in subordine a quelle di GAMMA, e che le stesse sarebbero state remunerate a seguito dell'utilizzo in compensazione nell'ambito del consolidato. Era previsto, inoltre, che - in caso di interruzione del consolidato - le perdite sarebbero state attribuite non già interamente alla controllante ALFA, bensì alle società che le avevano prodotte, al netto degli eventuali utilizzi.

Nel 2015 - su un ammontare complessivo di perdite riportabili risultanti dal modello CNM 2016 pari ad Euro 119.870.348 - Euro 119.819.038 sono riferibili ad ALFA, mentre Euro 51.310 sono riferibili a GAMMA. Avuto riguardo all'ammontare complessivo di perdite stimate al termine del periodo d'imposta 2016 - pari a circa Euro 179 milioni - Euro 176,3 milioni sono riferibili ad ALFA mentre Euro 1,2 milioni circa sono riferibili a GAMMA. Infine, secondo la stima relativa al periodo interinale compreso tra il 1.1.2017 e la data di efficacia giuridica della Fusione), ALFA avrebbe generato altre perdite per circa Euro 24 milioni (si stima che i risultati di GAMMA e DELTA siano di valore non significativo).

ALFA non aveva generato perdite fiscali prima dell'adesione al consolidato fiscale.

Per quanto, invece, riguarda BETA, conformemente alla sua originaria natura di SIV, la stessa non ha generato ricavi operativi prima della data di efficacia giuridica della Fusione. Al contempo, la stessa ha registrato alcuni costi operativi (connessi, principalmente, all'acquisto di servizi di consulenza) e proventi finanziari di ammontare non significativo, derivanti dagli investimenti a basso rischio (in particolare, conti correnti vincolati e buoni di risparmio) fatti impiegando la liquidità ricevuta con la quotazione. In relazione alle posizioni soggettive fiscali esistenti in capo a BETA, la stessa assume che detti *tax asset*, tenuto conto di una precedente scissione e della conseguente parziale riattribuzione, non oggetto di valutazione da parte della scrivente in questa sede, ammontino ad Euro 2 milioni circa, per quanto riguarda le perdite fiscali pregresse, ed a circa Euro 12,6 milioni di ACE.

Ciò premesso, viene chiesto di confermare che, a seguito della Fusione, sussistano tutti i requisiti affinché non si interrompa il consolidato fiscale in vigore nell'ambito del Gruppo ALFA, con l'effetto che la società risultante dalla fusione succeda ad ALFA nello status di società controllante senza soluzione di continuità e già con effetto per il periodo d'imposta 2017. In caso di risposta positiva a tale quesito, l'Istante chiede, inoltre, che la Scrivente voglia confermare che non si verifichino gli effetti di cui all'articolo 13, commi 5 e 6, DM 9 giugno 2004 e che i risultati fiscali di BETA e di ALFA, anche per il periodo precedente la data di efficacia giuridica della Fusione, possano interamente concorrere alla formazione del reddito complessivo del consolidato per il periodo d'imposta 2017.

SOLUZIONE INTERPRETATIVA PROSPETTATA DAL CONTRIBUENTE

La società incorporante BETA (di seguito, anche solo Istante) ritiene che sussistano i presupposti per continuare - in qualità di società controllante - il

consolidato fiscale cui avevano aderito l'incorporata ALFA (in qualità di società consolidante) e le Controllate (i.e. GAMMA e DELTA).

L'Istante intende dimostrare che - anche dopo la data di efficacia giuridica della Fusione - sono rispettati tutti i requisiti previsti dagli articoli 117 e seguenti del TUIR e che, in particolare, la stessa continua ad integrare le condizioni per assumere il ruolo di società consolidante in relazione alle Controllate.

In primo luogo, come richiesto dall'articolo 119, comma 1, lettera a), del TUIR, l'Istante è una società per azioni residente ai fini fiscali in Italia, con esercizio sociale coincidente con l'anno solare, al pari delle Controllate GAMMA e DELTA.

Ai fini del requisito del controllo, ai sensi dell'articolo 117, comma 1, TUIR, prima della Fusione lo stesso era integrato in capo ad ALFA, in quanto la stessa:

a. deteneva la totalità del capitale sociale, dei diritti di voto e dei diritti agli utili di DELTA. Quest'ultima, infatti, era posseduta interamente da ALFA mediante una società estera controllata al 100%, la quale detiene - a sua volta - il 100% delle azioni emesse da DELTA;

b. deteneva il 70% del capitale sociale, dei diritti di voto e dei diritti agli utili di GAMMA .

A seguito della Fusione, l'Istante ha assunto la titolarità delle predette partecipazioni, pertanto in capo ad essa continua ad essere integrato - senza soluzione di continuità - il requisito del controllo.

Per quanto concerne l'ulteriore requisito previsto dall'articolo 120, comma 2, TUIR, secondo cui *“Il requisito del controllo di cui all'articolo 117, comma 1 deve sussistere sin dall'inizio di ogni esercizio relativamente al quale la società o ente controllante e la società controllata si avvalgono dell'esercizio dell'opzione”* (di seguito, *“Holding Period”*), viene osservato quanto segue:

a. la società incorporante subentra *ex lege* - in conformità agli effetti civilistici dell'operazione di cui all'articolo 2504-bis, comma 1, Cod. civ. - in tutte le posizioni giuridiche rilevanti ai fini delle imposte sui redditi precedentemente appartenenti alla società incorporata;

b. tra gli attributi rilevanti ai fini delle imposte sui redditi, rientra, a detta dell'istante, anche l' *Holding Period*, alla luce dell'effetto successorio proprio della fusione.

Pertanto, per le ragioni sopra esaminate, l'Istante ritiene che risultino integrati tutti i requisiti previsti dagli articoli 117 e seguenti del TUIR affinché - ai sensi e per gli effetti dell'articolo 124, comma 5, secondo periodo, TUIR - l'Istante sia titolata a subentrare a partire dal periodo d'imposta 2017 all'incorporata ALFA nel ruolo di controllante nell'ambito del consolidato fiscale già in vigore con le Controllate.

L'Istante chiede, altresì, di conoscere il parere di questa Direzione in relazione ad ulteriori profili connessi alla prosecuzione del consolidato fiscale con le Controllate.

L'Istante rappresenta, infatti, che l'Agenzia delle Entrate, in alcune pronunce aventi ad oggetto operazioni di fusione per incorporazione della società consolidante in una società esterna al consolidato, pur avendo dato parere positivo circa la continuazione del regime in capo all'incorporante, ha tuttavia ritenuto che - in conseguenza della fusione - trovassero applicazione gli effetti di cui all'articolo 13, commi 5 e 6, del D.M. 9 giugno 2004, con la conseguente riattribuzione (alla consolidante ovvero, in alternativa, alle società che le hanno prodotte, al netto di quelle utilizzate) delle perdite fiscali risultanti dall'ultima dichiarazione del consolidato fiscale.

Nell'ambito del presente quesito, l'Istante ritiene sussistenti elementi tali da poter escludere l'applicazione in via analogica del disposto dell'articolo 13, commi 5 e 6, del D.M. 9 giugno 2004. Per le seguenti ragioni.

In primo luogo, viene fatto osservare che la fattispecie disciplinata dall'articolo 13, commi 5 e 6, D.M. 9 giugno 2004 è diversa rispetto a quella in esame in quanto quest'ultima non attiene all'esercizio di una opzione per un nuovo consolidato, bensì alla continuazione di un consolidato già in vigore, a seguito di una operazione caratterizzata da effetti pienamente "successori" e da un regime di generalizzata neutralità. A sostegno della soluzione proposta - i.e. che la "continuazione" del consolidato sia consentita pienamente, senza la riattribuzione delle perdite pregresse residue - viene richiamata la recente circolare dell'Agenzia delle entrate del 26 settembre 2016, n. 40/E. L'Istante ritiene che la predetta circolare n. 40/E del 2016 rechi un principio estensibile anche alla fattispecie in esame.

Inoltre, vengono evidenziate ulteriori ragioni di ordine sistematico a sostegno della soluzione proposta. In particolare, l'Istante era una SIV - i.e. una società-veicolo - soggetta a stringenti vincoli e controlli, costituita appositamente per realizzare una operazione di quotazione secondo le modalità sopra descritte. Inoltre, nonostante l'Operazione presupponga necessariamente il perfezionamento per mezzo della Fusione, è evidente che gli effetti economici, finanziari e giuridici sono i medesimi che si sarebbero avuti laddove il processo di quotazione fosse stato direttamente iniziato da ALFA, ovvero laddove quest'ultima avesse semplicemente ricevuto un aumento di capitale. L'impiego dell'Istante quale SIV è esclusivamente strumentale a consentire, in maniera semplificata, la quotazione e la immissione di nuove risorse finanziarie in favore del "business ALFA", e la Fusione rappresenta lo strumento giuridico per raggiungere questi risultati. Alla luce di ciò, posto che né la quotazione diretta, né un aumento di capitale, avrebbero comportato la riattribuzione

delle perdite prodotte a livello consolidato dal Gruppo ALFA, l'Istante non ritiene sussistano ragioni significative per le quali tale effetto pregiudizievole dovrebbe prodursi a causa dell'Operazione qui descritta.

Da ultimo, viene fatto osservare che la procedura di quotazione mediante l'impiego di una SIV è una operazione "di mercato", contraddistinta da caratteristiche tipiche. Il fatto che la struttura "imponga" la fusione per incorporazione "diretta" (e non sia invece possibile una fusione "inversa") è proprio legata alla necessità di preservare lo status di "società quotata" - status che sarebbe invece perduto laddove si procedesse alla fusione "inversa" - e costituisce, quindi, il fulcro e la giustificazione stessa dell'operazione.

Ciò detto, si chiedono i necessari chiarimenti in merito al trattamento che dovrà essere riservato:

- a. al risultato fiscale di ALFA nel periodo compreso tra il 01.01.2017 e la data di efficacia giuridica della Fusione (non retrodatata ai fini fiscali);
- b. al risultato fiscale di BETA nel medesimo periodo.

Con riguardo al risultato fiscale ante-Fusione di ALFA - che si stima essere negativo per circa Euro 24 milioni - l'Istante ritiene che il medesimo debba confluire nel reddito complessivo globale del consolidato per il periodo d'imposta 2017. Questa conclusione è fondata sulla circostanza che, se il consolidato prosegue, non vi sono ragioni per escludere dalla determinazione del reddito di gruppo del 2017 i risultati della incorporata (ex consolidante) ALFA.

Per quanto riguarda la posizione dell'Istante, invece, viene segnalato innanzitutto che la stessa, in quanto incorporante, ed in assenza di retrodatazione, non ha registrato una interruzione del proprio periodo di imposta in conseguenza della Fusione. Per le medesime ragioni che consentono di escludere gli effetti di cui all'articolo 13, commi 5 e 6, del DM 9 giugno 2004, l'Istante ritiene, pertanto,

corretto che il risultato del periodo - 1.1.2017-data giuridica della fusione - concorra alla formazione del reddito complessivo di gruppo del 2017.

PARERE DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE

Occorre premettere che la Scrivente esprime un parere esclusivamente in merito alla richiesta di continuazione del consolidato fiscale ai sensi dell'articolo 124, comma 5, del TUIR, senza che ciò implichi o presupponga un giudizio sull'eventuale abusività della complessiva operazione di riorganizzazione rappresentata o sui singoli atti e negozi attraverso i quali si è attuata, anche *a latere* dell'Operazione principale.

In via preliminare, si osserva che, con specifico riferimento all'interruzione della tassazione di gruppo, l'art. 124 del TUIR disciplina gli effetti che si verificano "se il requisito del controllo, così come definito dall'articolo 117, cessa per qualsiasi motivo prima del compimento del triennio".

A decorrere dal 1° gennaio 2016, in forza delle modifiche apportate dal D. Lgs. n. 156 del 2015, il nuovo articolo 124, comma 5, del TUIR prevede che "Nel caso di fusione della società o ente controllante con società o enti non appartenenti al consolidato, il consolidato può continuare ove la società controllante sia in grado di dimostrare, anche dopo l'effettuazione di tali operazioni, la permanenza di tutti i requisiti previsti dalle disposizioni di cui agli articoli 117 e seguenti ai fini dell'accesso al regime. Ai fini della continuazione del consolidato, la società o ente controllante può interpellare l'amministrazione ai sensi dell'articolo 11, comma 1, lettera b) della legge 27 luglio 2000, n. 212 recante lo Statuto dei diritti del contribuente".

A seguito delle modifiche normative apportate all'art. 124 del TUIR, innanzi dette, la proposizione dell'interpello per la continuazione del consolidato è diventata facoltativa. Peraltro, se la società decide di non avvalersi dell'interpello è tenuta a darne comunicazione all'Agenzia delle Entrate, in quanto l'articolo 124,

comma 5-bis, prevede che “La società o ente controllante che intende continuare ad avvalersi della tassazione di gruppo ma non ha presentato l’istanza di interpello prevista dal comma 5 ovvero, avendola presentata, non ha ricevuto risposta positiva deve segnalare detta circostanza nella dichiarazione dei redditi”.

Con riferimento al quesito in esame, si osserva che l’operazione di fusione rappresentata è riconducibile ad una fusione per incorporazione di una società consolidante con società non inclusa nel consolidato. In tale ipotesi, sulla base delle norme su richiamate, la continuazione della tassazione di gruppo da parte della società risultante dalla fusione è consentita laddove sia dimostrato che dopo l’effettuazione dell’operazione di fusione permangano i requisiti di controllo di cui agli articoli 117 e seguenti del TUIR, ai fini dell’accesso al regime in parola.

Nel caso di specie, la società risultante dalla fusione succede nel complesso delle posizioni giuridiche attive e passive della società fusa, ivi incluse quelle relative al regime del consolidato facente capo all’incorporata. La fusione, per quanto rappresentato dall’Istante, non determina alcun mutamento nella situazione di controllo nei confronti delle società già aderenti al consolidato dell’incorporata-ex consolidante. Sulla base di quanto asserito dall’Istante, tutti i requisiti previsti dagli articoli 117 e 120 del TUIR risulterebbero rispettati.

Ne consegue, quindi, che nel presupposto che continui a risultare rispettato il complesso delle disposizioni di legge relative al regime della tassazione di gruppo e quelle relative al regime delle fusioni di cui all’art. 172 del TUIR, non sussistono preclusioni alla continuazione del consolidato di ALFA, presso la società risultante dalla fusione “BETA”, in qualità di consolidante, con efficacia già nel periodo d’imposta nel quale ha effetto la fusione e relativamente alla residua frazione del triennio di validità dell’opzione.

In tal caso, la società risultante dalla fusione dovrà comunicare all’Agenzia delle Entrate la conferma della tassazione di gruppo da parte delle società coinvolte nella rappresentata operazione. Detta comunicazione dovrà avvenire mediante la

presentazione in via telematica del modello “Comunicazioni per i regimi tonnage tax, consolidato, trasparenza e per l’opzione Irap” di cui al Provvedimento del Direttore dell’Agenzia del 17 dicembre 2015, avendo cura di indicare nella sezione II “Consolidato”, i dati relativi alle società consolidate utilizzando il codice 3 (conferma dell’opzione per il consolidato – a seguito di interpello) nella casella “tipologia comunicazione”, entro il termine di trenta giorni dalla ricezione della presente risposta.

Ciò detto, l’Istante chiede che all’operazione prospettata non venga applicata in via analogica la disciplina prevista dall’articolo 13, commi 5 e 6, del D.M. 9 giugno 2004 rubricato "*Disposizioni applicative del regime di tassazione del consolidato nazionale, di cui agli articoli da 117 a 128 del testo unico delle imposte sui redditi*".

Tale disciplina riguarda l’ipotesi in cui un soggetto controllante non riveste più il ruolo di consolidante poiché opta per un altro consolidato in qualità di soggetto consolidato. Nel caso di specie, ALFA non riveste più il ruolo di consolidante in quanto viene incorporata da BETA, che assumerà la veste di consolidante.

Dall’applicazione del richiamato articolo 13, commi 5 e 6, del decreto attuativo, la cui applicabilità è confermata anche alla luce delle modifiche all’articolo 124, comma 5, del Tuir (introdotte dall’articolo 7, comma 2, lettera a), del D.Lgs. n. 156 del 2015) che nulla hanno innovato in materia (se non per la puntuale individuazione dell’interpello - quello c.d. probatorio - reso facoltativo e attivabile nel caso della fusione della società o ente controllante/consolidante con società o enti non appartenenti al medesimo consolidato), conseguirebbe l’interruzione del regime di consolidato di ALFA senza che si producano gli effetti di cui all’articolo 124, commi 1, 2 e 3 del TUIR, con l’effetto di determinare la riattribuzione – alla consolidante ovvero alle società che le hanno prodotte - delle

perdite fiscali precedentemente attribuite alla *fiscal unit* e dalla stessa non ancora utilizzate.

Ciò nondimeno, nel caso de quo, occorre valorizzare alcune specificità dell'operazione, ed in particolar modo, lo status della società incorporante. Infatti, il soggetto incorporante BETA, pur non essendo formalmente neo costituito, va considerato come tale, dal momento che non ha una propria operatività ed è stato costituito al solo fine di individuare una società *target* e agevolarne la quotazione in borsa attraverso la sua acquisizione e incorporazione. Pertanto, la sua costituzione sembra essere assolutamente strumentale a consentire, in maniera semplificata, la quotazione del Business ALFA. Lo specifico ruolo di BETA, unito alla circostanza della necessità della fusione, a logica conclusione del procedimento, fa ritenere che, in questo caso, il consolidato non abbia cambiato, di fatto, la consolidante (i.e., la testa), diversamente da quanto, invece, avviene in occasione di fusioni di consolidanti con società esterne al consolidato, preesistenti, e dotate di una loro autonoma attività.

In altri termini, si riconosce che, in questo specifico caso, gli effetti economici, finanziari e giuridici - alla conclusione del procedimento - sono sostanzialmente i medesimi che si sarebbero avuti ove il processo di quotazione fosse stato direttamente iniziato da ALFA.

Tutto ciò premesso, si ritiene che gli elementi probatori forniti dall'istante siano idonei a comprovare la sussistenza dei requisiti previsti dagli articoli 117 e seguenti del TUIR, ai fini del subentro della società risultante dalla fusione nel consolidato di ALFA, senza che si verifichino gli effetti di cui all'articolo 13, comma 5 e 6 del D.M. 9 giugno 2004.

Per quanto riguarda l'ulteriore questione posta dall'Istante/incorporante, ossia se il risultato fiscale (perdita di Euro 1.477.596) registrato dalla stessa nel periodo 1.1.2017 - data giuridica della fusione - debba concorrere alla formazione del reddito complessivo del consolidato 2017, si ritiene di poter rispondere

favorevolmente, in conseguenza delle argomentazioni che hanno condotto ad escludere l'applicabilità in via analogica dell'articolo 13, commi 5 e 6 del D.M. 9 giugno 2004 e tenuto conto che, in assenza di retrodatazione, nel periodo considerato non si forma, sotto il profilo giuridico, un risultato "di periodo", né una perdita fiscale tali da poter essere considerati "pregressi" all'ingresso nel regime di consolidato.

In ogni caso, a tal riguardo, resta fermo il potere dell'Amministrazione finanziaria di sindacare l'eventuale sussistenza di un'ipotesi di abuso del diritto ai sensi dell'articolo 10-bis dello Statuto dei diritti del contribuente, sulla base di un giudizio che non può prescindere dall'esame della fattispecie come concretamente posta in essere e dalla valutazione dell'operazione nel suo complesso. A tal fine, può costituire utile elemento di valutazione, ad esempio, la circostanza che nel periodo interinale la società incorporante preveda il realizzo di significativi effetti reddituali legati alle attività o operazioni svolte precedentemente.

Per quanto riguarda, invece, le perdite fiscali (circa 24 milioni di euro) generate dalla società incorporata ALFA nel medesimo periodo 1.1.2017 – data giuridica della fusione - la Scrivente ritiene, sotto altro profilo, che le stesse debbano, comunque, confluire nel reddito complessivo globale del consolidato per il periodo d'imposta 2017. Per effetto della Fusione non retrodatata, detta società chiude anticipatamente il proprio periodo d'imposta alla data di efficacia giuridica della Fusione; ciò nondimeno, in presenza di valutazione favorevole della Scrivente alla continuazione del consolidato della medesima in capo alla società incorporante, anche tale risultato "di periodo" può ritenersi assorbito dall'effetto di continuazione. In altri termini, in questo specifico caso, il fatto che tale periodo infra annuale non si chiuda in coincidenza con il periodo d'imposta di BETA (incorporante) e delle controllate non è, di per sé, circostanza rilevante, ma una mera conseguenza della Fusione non retrodatata.

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)