

- Risposte agli interpelli

19.11.18

Valutazione anti-abuso scissione non proporzionale a favore di beneficiarie neo costituite interamente partecipate dai soci della scissa seguita da fusione per incorporazione delle beneficiarie da parte dell'unico socio. La risposta a interpello n. 70/2018 dell'Agenzia delle Entrate

Agenzia delle Entrate

Risposta n. 70

Roma, 15 novembre 2018

OGGETTO: Articolo 10-bis della legge 27 luglio 2000, n. 212 e articoli 172 e 173 del TUIR di cui al d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917. Valutazione anti-abuso scissione non proporzionale a favore di beneficiarie neo costituite interamente partecipate dai soci della scissa seguita da fusione per incorporazione delle beneficiarie da parte dell'unico socio.

Alfa S.p.A. (in seguito, "Istante", "Società" o "Contribuente") deteneva in via indiretta una partecipazione al capitale sociale di Beta S.p.A. (in breve, "Beta"), mediante una ulteriore società Gamma S.p.A (in seguito "Gamma").

Al fine di scongiurare gli effetti su Gamma (che deteneva una quota inferiore al 33 per cento del capitale di Beta) di alcune modifiche intervenute nella disciplina del settore di appartenenza, il Consiglio di Amministrazione di Gamma (in breve, "CdA"), avvia un progetto di riorganizzazione societaria, soggetto all'autorizzazione da parte delle autorità di vigilanza competenti, per semplificare e rendere più efficiente la struttura del Gruppo, mantenendone inalterati gli equilibri e gli assetti di controllo e di *governance*.

Il predetto CdA individua:

1. nella scissione totale non proporzionale asimmetrica di Gamma l'operazione più efficace per consentire di attribuire a Beta il ruolo di nuova *holding* del Gruppo;
2. nella stipula di un apposito Patto parasociale tra gli ex soci di Gamma lo strumento più adatto per mantenere inalterati gli attuali assetti di *governance*.

In relazione al punto *sub 1)*, l'Istante precisa che la scissione totale di Gamma è seguita dall'incorporazione delle beneficiarie da parte dei rispettivi soci unici che alla fine deterranno direttamente le partecipazioni in Beta. Più precisamente:

i. nel corso dell'anno X avviene la scissione totale di Gamma a favore di un numero di società per azioni neo costituite (in breve "NewCo" o "beneficiarie") pari al numero dei soci della stessa. Ciascuna beneficiaria è interamente partecipata da un singolo socio di Gamma. L'operazione comporta l'assegnazione ad ogni NewCo di una quota del patrimonio netto contabile (PNC) di Gamma, proporzionale alla percentuale di capitale sociale detenuta dai singoli soci di quest'ultima. Tale quota è rappresentata da:

- a) una parte della partecipazione azionaria detenuta in Beta;
- b) una quota di indebitamento;
- c) una parte di patrimonio netto.

La partecipazione in Beta detenuta da Gamma è dunque ripartita tra le beneficiarie riflettendo la quota di partecipazione che i rispettivi soci unici hanno nella scissa;

ii) in seguito alla descritta scissione e dopo aver ripianato l'indebitamento, i soci unici delle beneficiarie incorporano mediante fusione le rispettive NewCo in quanto le beneficiarie, quali *holding* con unico *asset* (e. la partecipazione in Beta), hanno di fatto esaurito la loro funzione.

Alla fine, mediante le descritte operazioni, viene semplificata la catena di controllo in Beta, riducendo conseguentemente gli oneri amministrativi.

In merito al punto *sub 2)* (i.e. patto parasociale), per mantenere, senza soluzione di continuità, un assetto di controllo e di *governance* equivalente a quello esistente in capo a Gamma, le beneficiarie e i rispettivi soci unici stipulano un patto parasociale avente ad oggetto azioni di Beta per quasi l'intero ammontare detenuto del capitale sociale di quest'ultima. Tale accordo sostanzialmente riproduce le regole di *governance* e di circolazione azionaria presenti nello statuto sociale di Gamma.

Riguardo alla fattispecie riferibile all'Istante e oggetto del presente interpello, il Contribuente riferisce che:

1. alla data di chiusura del suo esercizio, non ha perdite pregresse;
2. con riferimento alla scissione totale non proporzionale di Gamma:

i. tale operazione interrompe il Consolidato fiscale di cui la scissa era consolidante. Tale evento comporta l'attribuzione a Gamma di perdite fiscali per circa euro ... milioni, alle quali si aggiunge la perdita fiscale maturata dalla stessa Gamma nell'esercizio appena chiuso. Alfa NewCo

S.p.A. (in breve, "Alfa NewCo") è destinataria di una quota delle perdite fiscali "ex Gamma" (corrispondenti all'originaria partecipazione nella Gamma di spettanza dell'Istante);

ii. Gamma supera il test di vitalità di cui all'articolo 172, comma 7, del TUIR cui rimanda il successivo articolo 173, comma 10, del medesimo TUIR;

iii. per Alfa NewCo non è possibile procedere alla verifica del test di operatività di cui al punto precedente in quanto è nel suo primo periodo d'imposta e dunque mancano i dati degli esercizi precedenti.;

iv. l'operazione non è caratterizzata dalla presenza di riserve in sospensione d'imposta da ricostruire ai sensi dell'articolo 173, comma 8, del TUIR, ha permesso "*la divisione di un complesso aziendale in distinti sistemi economici effettivamente operanti*" "*realmente operativi e dediti ad un'effettiva attività imprenditoriale*" (cfr. Parere Comitato consultivo 4 ottobre 2006, n. 29 e 15 dicembre 2005, n. 57) e non è preordinata alla "*successiva cessione o donazione delle quote*" comportando la "*trasformazione delle plusvalenze su singoli beni in plusvalenze su partecipazioni*" (cfr. Risoluzione 22 marzo 2007, n. 56/E). La finalità dell'operazione è la ristrutturazione del Conglomerato Beta semplificando e rendendo più efficiente la sua struttura;

3. relativamente alla successiva fusione per incorporazione, la Società, a distanza di pochi mesi dalla scissione, incorporerà la "propria" NewCo (e. Alfa NewCo). Non ci sono riserve in sospensione d'imposta da ricostruire ai sensi del comma 5 dell'articolo 172 del TUIR;

4. lo statuto della Società non ha subito alcuna modifica per effetto della fusione in commento.

Tutto ciò premesso, l'istante chiede all'Agenzia delle entrate di riconoscere la liceità, ai sensi dell'articolo 10-*bis* della legge n. 212 del 2000 e con esclusivo riferimento al comparto delle imposte sui redditi delle operazioni societarie precedentemente illustrate.

SOLUZIONE INTERPRETATIVA PROSPETTATA DAL CONTRIBUENTE

In via preliminare, la Società rappresenta che in merito al riporto e all'utilizzo delle perdite fiscali di Gamma da parte dell'Istante, l'Amministrazione finanziaria nella circolare n. 9/E del 2010 ha chiarito che in caso di scissione a favore di beneficiarie contestualmente costituite non può configurarsi un rischio di elusione legato alla "compensazione intersoggettiva" delle perdite, non trovando applicazione la disposizione antielusiva di cui all'articolo 173, comma 10, del TUIR (cfr. anche risoluzione n. 168/E del 2009). La beneficiaria mantiene il diritto a riportare le perdite senza limiti (se non quelli stabiliti dall'articolo 84 del TUIR), senza necessità di presentare interpello disapplicativo ai sensi dell'articolo 11, comma 2, della Legge n. 212 del 2000.

È da ritenere dunque che, a seguito della scissione, Alfa NewCo mantenga il diritto al riporto e all'utilizzo delle perdite fiscali alla stessa attribuite.

Per quanto concerne, poi, il successivo utilizzo di queste perdite da parte dell'incorporante, il Contribuente ricorda anche in questo caso la verifica del rispetto dei requisiti previsti dall'articolo 172, comma 7, del TUIR andrebbe condotta su entrambe le società che partecipano all'operazione.

Con riferimento alla fusione, invece, al fine di consentire l'utilizzo delle perdite in oggetto da parte dell'incorporante (*i.e.* l'Istante) è necessario chiedere la disapplicazione della disciplina sull'abuso del diritto in quanto assistita da sostanza economica e non realizza vantaggi fiscali indebiti. A differenza della scissione di cui sopra, infatti, non può essere

escluso il rischio di compensazione intersoggettiva delle perdite fiscali in quanto "unisce" due diversi soggetti.

Il Contribuente ritiene che l'intera riorganizzazione illustrata non integri i presupposti per l'applicazione dell'articolo 10-*bis* della Legge n. 212 del 2000 in quanto esiste sostanza economica, non realizza un vantaggio fiscale indebito e gli eventuali benefici non costituiscono l'effetto essenziale dell'operazione.

In merito alla sostanza economica, la Società fa presente che è ravvisabile nelle motivazioni a base di tutta la complessa riorganizzazione del Gruppo Beta e che risiedono nella necessità di eliminazione Gamma dal perimetro del Gruppo Beta, con evidenti benefici in termini di maggiore efficienza della gestione e di diminuzione dei costi complessivi di funzionamento.

I negozi giuridici utilizzati e i risultati conseguiti sono conformi a normali logiche di mercato e in ogni caso hanno superato il vaglio delle competenti autorità di vigilanza.

Inoltre, il patrimonio trasmesso alle beneficiarie *holding* e successivamente ai rispettivi soci unici è sempre sottoposto al regime d'impresa con mantenimento dei medesimi valori fiscali, formatesi presso la scissa.

Riguardo all'assenza di un indebito vantaggio fiscale, l'Istante ricorda che l'unico beneficio fiscale della riorganizzazione in commento consiste nella possibilità, per la società incorporante, di utilizzare in compensazione dei suoi redditi futuri le perdite che la "propria Newco" ha ricevuto da Gamma.

La riportabilità delle perdite fiscali è una conseguenza fiscale prevista dalla legge e pertanto non è un "vantaggio" fiscale, ma un diritto riconosciuto dall'ordinamento tributario. Al riguardo, peraltro, la Società ha presentato apposita istanza di interpello ai sensi dell'articolo 11, comma 2, della legge n. 212 del 2000, presentata dall'istante per la disapplicazione della disciplina di cui all'articolo 172, comma 7, del TUIR.

In merito all'esistenza di valide ragioni extra-fiscali non marginali, il Contribuente ricorda che la riorganizzazione:

- coinvolge i soci di Gamma e le autorità di vigilanza;
- ha comportato la necessità di stipula di un Patto parasociale; ed
- è stata determinata da motivazioni senza le quali l'operazione non sarebbe stata posta in essere.

Non è immaginabile che operazioni di questo tipo siano poste in essere al solo fine di permettere il riporto e l'utilizzazione delle perdite fiscali.

Tutto porta ad una riorganizzazione del Gruppo Beta che vede Beta come Capogruppo che esercita il controllo su tutto il gruppo, senza *sub-holding*.

Resta comunque ferma la libertà di scelta del contribuente tra regimi opzionali diversi offerti dalla legge e tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale (cfr. articolo 10-*bis*, comma 4, della Legge n. 212 del 2000).

Nel caso di specie:

1. la scissione è effettuata ricorrendo a percorsi negoziali che l'ordinamento tributario pone su un piano di pari dignità rispetto ad alternative diverse e non ha portato alla creazione di società di "mero godimento", non connotate da alcuna operatività. Le beneficiarie, poi fuse, consentono che le azioni assegnate rientrino nell'attività di impresa degli ex soci Gamma come investimento. Lo stesso Patto parasociale descrive la forma di investimento che le azioni costituiscono;

2. le soluzioni alternative sarebbero state:

- cessione diretta da parte di Gamma delle partecipazioni in Beta ai propri soci, non percorribile perché alcuni soci non avrebbero potuto sostenere il corrispondente esborso finanziario. Tale cessione peraltro sarebbe avvenuta in regime di *participation exemption* e in presenza di perdite fiscali, con liquidazione di imposte irrisorie;

- scissione del patrimonio di Gamma direttamente a favore dei propri soci, non adottata perché avrebbe comportato il ricorso alle assemblee straordinarie dei soci, con inevitabile e notevole allungamento dei tempi di realizzo dell'operazione, contro la necessità di realizzare la riorganizzazione in breve tempo. Inoltre, la tempistica sarebbe stata allungata anche dalle valutazioni patrimoniali delle singole beneficiarie, tutte di rilevanti dimensioni, al fine della determinazione dei rapporti di concambio;

- la liquidazione di Gamma, non percorribile per le considerazioni sopra rappresentate.

PARERE DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE

Per le ragioni che si andranno ad esporre, si ritiene che la riorganizzazione sottoposta all'esame della scrivente Agenzia non integri un disegno abusivo ai sensi dell'articolo 10-*bis* della legge 27 luglio 2000, n. 212, non consentendo la realizzazione di alcun vantaggio fiscale indebito.

Si rappresenta preliminarmente che per richiedere il parere dell'Agenzia delle entrate in ordine all'abusività di una determinata operazione o fattispecie, le istanze di interpello, come specificato con la circolare n. 9/E del 1° aprile 2016, debbono – fra l'altro - indicare:

a) il settore impositivo rispetto al quale l'operazione pone il dubbio applicativo;

b) le puntuali norme di riferimento, comprese quelle passibili di una contestazione in termini di abuso del diritto con riferimento all'operazione rappresentata.

In relazione al comparto dell'IRES, per il quale la Società richiede il parere della scrivente Agenzia, si osserva quanto segue.

Si ricorda *in primis* che esula dall'analisi condotta nel presente parere ogni valutazione o apprezzamento in merito ai valori riportati dalla Società nell'istanza, alla formazione e riportabilità delle eventuali eccedenze ACE, alla sussistenza dei requisiti di cui all'articolo 87 del TUIR (*i.e.* regime di *participation exemption*), nonché all'ammontare delle perdite fiscali pregresse di Gamma o delle beneficiarie. Resta pertanto impregiudicato qualsiasi

potere di controllo da parte dell'amministrazione finanziaria volto alla corretta formazione, determinazione, qualificazione e quantificazione degli stessi.

Sempre in via preliminare, si rappresenta che il riporto e l'utilizzabilità delle perdite fiscali di Gamma in capo all'Istante è oggetto di apposita istanza di interpello ai sensi dell'articolo 11, comma 2, della legge n. 212 del 2000, a cui la scrivente rimanda ogni valutazione al riguardo.

La fattispecie descritta consiste in una scissione totale non proporzionale asimmetrica di Gamma in favore di tante società beneficiarie unipersonali appositamente costituite quanti sono i suoi soci, seguita dalle fusioni per incorporazione delle singole beneficiarie da parte delle rispettive società controllanti (già socie di Gamma).

All'esito di tali operazioni emerge che a fronte dello scioglimento di Gamma, si realizza in sostanza la ripartizione "proporzionale" delle azioni Beta detenute dalla scissa tra i soci di quest'ultima, compresa l'Istante, ai quali è trasferito anche il controllo su Beta, le cui modalità di esercizio restano immutate in virtù del patto parasociale stipulato tra la quasi totalità degli ex soci Gamma.

Ciò premesso, si evidenzia che il medesimo assetto economico avrebbe potuto essere direttamente conseguito attraverso un'unica operazione, rappresentata dalla scissione di Gamma direttamente a favore dei propri soci (come, peraltro, rilevato dalla stessa Società nell'istanza) in regime di neutralità fiscale e con conseguente trasferimento pro-quota delle perdite fiscali ai rispettivi soci.

Tuttavia, a prescindere dalle ragioni economiche alla base della scelta operata, anche le operazioni effettuate (scissioni e fusioni) hanno usufruito del regime di neutralità fiscale e realizzato il trasferimento pro-quota delle perdite fiscali conseguite da Gamma a favore dei rispettivi soci, anche se per il tramite delle beneficiarie all'uopo costituite.

Di conseguenza, sulla base delle dichiarazioni e delle affermazioni dell'Istante nonché dell'analisi del contenuto dell'istanza di interpello sinteticamente riportate nell'esposizione del quesito, si ritiene che la scissione totale a favore di tante beneficiarie unipersonali appositamente costituite quanti sono i soci della Gamma (tra cui la Alfa NewCo) e la successiva incorporazione di queste da parte della società totalmente controllante (nel caso in esame, la fusione per incorporazione di Alfa NewCo da parte dell'Istante, suo unico socio), non comportino il conseguimento di alcun vantaggio fiscale che possa essere qualificato come indebito, dal momento che nell'ipotesi alternativa sopra prospettata si sarebbero ugualmente verificati effetti fiscalmente neutrali, al pari di quelli difatti verificatisi, e ferma in ogni caso restando la valutazione in ordine alla eventuale sussistenza dei requisiti per ravvisare il commercio di c.d. "bare fiscali", il cui sindacato è effettuabile nella differente sede dell'interpello disapplicativo già presentato dall'Istante.

Rimane fermo che le operazioni rappresentate dall'Istante dovranno essere effettuate nel rispetto delle prescrizioni normative di cui agli articoli 173, comma 9 e 172, commi 5 e 6, del TUIR, garantendo l'equivalenza tra gli effetti della riorganizzazione rappresentata e l'ipotizzata scissione diretta della Gamma, e delle ulteriori disposizioni contenute nel 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.

Si ribadisce, altresì, che resta impregiudicato, ai sensi dell'articolo 10-*bis* della legge n. 212 del 2000, ogni potere di controllo dell'Amministrazione finanziaria volto a verificare se lo scenario delle operazioni descritto in interpello, per effetto di eventuali altri atti, fatti o negozi ad esso collegati e non rappresentati dall'istante, possa condurre ad identificare un diverso censurabile disegno abusivo.