

RISOLUZIONE N. 63/E



Direzione Centrale Normativa

Roma, 17 giugno 2014

OGGETTO: *Interpello – Art. 11, legge 27 luglio 2000, n. 212. (Individuazione del “patrimonio netto” di una S.O. cui far riferimento, ai fini del riporto delle perdite, con riguardo ad un’operazione di fusione transfrontaliera - art 172, comma 7, del d.P.R. n. 917 del 1986)*

Con l’interpello specificato in oggetto, concernente l’interpretazione dell’art. 172, comma 7, del d.P.R. n. 917 del 1986, è stato esposto il seguente

QUESITO

L’istante ALFA è la stabile organizzazione italiana di BETA, società di diritto inglese, società capofila del Gruppo GAMMA.

Il Gruppo GAMMA ha la propria sede centrale a Londra ed è presente in oltre 50 Paesi tra Europa, Stati Uniti, Africa, Asia. Fondato nel ... , si evidenzia che il gruppo rappresenta una delle maggiori istituzioni finanziarie al mondo e offre i propri servizi nei settori del retail banking, delle carte di credito, del corporate and investment banking e del wealth management.

In Italia, BETA opera tramite la stabile organizzazione (ALFA) e la società controllata DELTA S.p.A., attiva nella distribuzione dei detti prodotti con una rete di agenti e distributori.

Ciò premesso, il Gruppo ha avviato un progetto di riorganizzazione e razionalizzazione interna, finalizzato ad accentrare in capo ad ALFA non solo la gestione, ma anche la distribuzione dei servizi retail.

A tal fine, ha assunto rilievo la modifica (decreto legislativo 13 agosto 2011, n. 141) della disciplina dell'elenco degli intermediari finanziari di cui agli articoli 106 e 107 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, che consente alle banche di avvalersi, nell'ambito dell'offerta fuori sede, della collaborazione diretta di agenti in attività finanziaria e di altre figure assimilabili.

In attuazione del sopra citato decreto, l'istante rappresenta che, nel mese di gennaio 2012, Banca d'Italia ha emanato una prima bozza delle "Disposizioni di vigilanza" rivolte agli intermediari finanziari: il documento in questione impone ai soggetti attualmente iscritti all'elenco degli intermediari finanziari sopra indicati di adeguarsi a determinati parametri, ovvero di provvedere alla liquidazione del veicolo o alla modifica dell'oggetto sociale entro nove mesi dalla entrata in vigore del documento definitivo.

In tale rinnovato contesto normativo, per la realizzazione del menzionato progetto, il Gruppo ha valutato essere più conveniente l'esercizio diretto dell'attività distributiva tramite ALFA, piuttosto che adeguare DELTA S.p.A. ai nuovi requisiti. Pertanto, è stato deliberato di procedere alla "fusione di DELTA S.p.A. in ALFA" ai sensi della Direttiva 2005/56/CE, nonché del decreto legislativo 30 maggio 2008, n. 108, recante la disciplina delle fusioni transfrontaliere.

Ciò posto, l'istante ALFA dichiara di disporre di perdite fiscali e chiede chiarimenti in merito alla possibilità di assumere, in luogo del suo patrimonio netto contabile, il c.d. "patrimonio di vigilanza" quale parametro per verificare la "capienza" patrimoniale rispetto alle perdite riportabili, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 172, comma 7, del TUIR richiamato dal successivo articolo 181.

SOLUZIONE INTERPRETATIVA PROSPETTATA DAL CONTRIBUENTE

L'istante ritiene, infatti, che con riferimento ad una stabile organizzazione, il fondo di dotazione "figurativo", attribuibile secondo i principi OCSE, dovrebbe rilevare, anche in tema di riporto delle perdite fiscali, in luogo di quello "contabile".

In particolare, ad avviso dell'istante, per una stabile organizzazione italiana di una banca estera, il fondo di dotazione figurativo potrebbe essere determinato secondo i requisiti patrimoniali di vigilanza imposti alle banche italiane, nel quadro delle direttive comunitarie e degli accordi internazionali (quali, in particolare, gli accordi di Basilea).

Al riguardo, l'interpellante evidenzia che l'utilizzo del fondo di dotazione figurativo ai fini tributari, al posto di quello contabile, è stato:

- legittimato dal legislatore, come risulta desumibile dalla relazione di accompagnamento al decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, in materia di aiuto alla crescita economica (c.d. "Ace");
- ritenuto valido dall'Agenzia delle entrate con riguardo alla disciplina del credito di imposta derivante dalla trasformazione di attività per imposte anticipate di cui all'articolo 2, commi da 55 a 58, del decreto legge 29 dicembre 2010, n. 225 (circolare n. 37/E del 28 settembre 2012) nonché ai fini all'analisi di adeguatezza degli interessi passivi, sostenuti da una stabile organizzazione italiana nei rapporti di finanziamento con la casa madre (risoluzione 30 marzo 2006, n. 44/E).

A tal ultimo riguardo, l'istante rappresenta di aver subito una verifica fiscale per le annualità 2004 e 2005, nel corso della quale è stata contestata alla branch italiana l'assenza di un fondo di dotazione ai fini fiscali, con conseguente ripresa a tassazione degli interessi passivi riferiti ai finanziamenti riqualficati in fondo di dotazione.

Il successivo avviso di accertamento, relativo al periodo d'imposta 2004, è stato definito in sede di conciliazione giudiziale, tra l'altro concordando con l'ufficio

accertatore di determinare il free capital (ovvero i mezzi propri) sulla base dei requisiti patrimoniali previsti dalla regolamentazione italiana in materia di vigilanza prudenziale.

Nello specifico, in sede di conciliazione giudiziale, l'Agenzia delle entrate e ALFA hanno quantificato il fondo di dotazione di quest'ultima mediante l'applicazione del metodo della c.d. quasi thin capitalisation, che tiene conto dei requisiti di patrimonializzazione minima imposti dalla Banca d'Italia. Più precisamente, è stato concordato di calcolare il fondo di dotazione rilevante agli effetti fiscali applicando, alle attività ponderate per i rischi della stabile organizzazione, una determinata percentuale (solvency ratio) individuata nel Capital Tier 1 dei maggiori gruppi bancari italiani, in modo da attribuire alla stabile organizzazione (istante) un capitale pari a quello minimo che avrebbe una qualsiasi banca indipendente.

In argomento, viene anche rappresentato che, sulle stesse basi, è in corso la procedura per giungere alla definizione conciliativa dell'avviso di accertamento relativo al periodo d'imposta 2005.

In conclusione, l'istante ritiene corretto:

- assumere, ai fini del limite quantitativo di cui all'art. 172, comma 7, del TUIR, il fondo di dotazione figurativo della stabile organizzazione, quantificato adottando la descritta metodologia della c.d. quasi thin capitalisation;
- non sterilizzare detto fondo di dotazione figurativo, ai sensi dell'articolo 172, comma 7, del TUIR, degli eventuali incrementi effettuati ai fini dell'adeguamento ai livelli obbligatori, operati nei ventiquattro mesi precedenti alla fusione.

PARERE DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE

Con la presente istanza, il contribuente evidenzia il configurarsi di una fusione transfrontaliera riguardante due società residenti in diversi Stati membri dell'Unione europea (Italia e Regno Unito); in particolare, si rappresenta che la società incorporante è una società residente nel Regno Unito, capofila del gruppo GAMMA, (BETA), con stabile organizzazione in Italia (ALFA), mentre la società incorporata è una società residente in Italia (DELTA SpA).

La struttura risultante dall'operazione di fusione sopra descritta determina una stabile organizzazione in Italia, risultante dall'integrazione delle preesistenti ALFA e DELTA SpA.

In particolare, partendo dalle modalità di attuazione della fusione transfrontaliera in disamina, la società istante dichiara che il patrimonio della società italiana incorporata (DELTA SpA) confluirà nella preesistente stabile organizzazione italiana della società incorporante (ALFA).

Come risulta evidenziato anche al considerando (6) della direttiva n. 2009/133/CE, di regola il risultato dell'operazione transfrontaliera consiste nella trasformazione della società conferente (i.e. incorporata, scissa o che conferisce l'attivo) in una stabile organizzazione della società beneficiaria del conferimento (i.e. la società incorporante, beneficiaria o conferitaria dell'attivo) o nell'integrazione dell'attivo (della società incorporata) in una stabile organizzazione della società incorporante.

Quest'ultima è la fattispecie che sembra ricorrere nel caso in esame, secondo la prospettazione fattane dalla società istante.

Ciò premesso, si osserva che l'apprezzamento degli elementi materiali di una stabile organizzazione costituisce una questione di fatto che esula dall'attività interpretativa svolta in sede d'interpello di cui all'articolo 11 della legge 27 luglio 2000, n. 212 (in tal senso, le risoluzioni n. 124 del 7 novembre 2006, n. 41 del 9

marzo 2007 e n. 141 del 10 aprile 2008).

Pertanto, per il caso in esame si assume che quanto dichiarato dall'istante corrisponda al vero, salva ogni eventuale successiva verifica da parte dei competenti organi accertatori circa la situazione di fatto realmente esistente.

Ciò vale anche con riguardo alla dichiarazione della parte, fornita con documentazione integrativa del 20 novembre 2013, in ordine alla ricorrenza dei requisiti formali e sostanziali che qualificano l'operazione in esame come fusione transfrontaliera e, di conseguenza, determinano l'applicazione, in concreto, del regime di neutralità fiscale di cui alla direttiva n. 2009/133/CE, recepita nelle disposizioni di cui al Titolo III, Capo IV, del TUIR (artt. 178 e seguenti).

In tema di fusioni, la lettera a) dell'art. 178 del TUIR individua, in sostanza, taluni requisiti richiesti dalla Direttiva n. 90/434/CE (ora trasfusi nella Direttiva 2009/133/CE) e recepiti dal TUIR, cui è subordinata l'applicazione degli artt. 178 e seguenti del TUIR.

Pertanto, sempre che l'operazione descritta possa qualificarsi come fusione transfrontaliera, e, quindi, possano trovare applicazione le disposizioni contenute nel Titolo III, Capo IV, articoli da 178 a 181 del TUIR, con riguardo al quesito posto dall'istante, si osserva quanto segue.

L'articolo 179, comma 1, del TUIR dispone che: “Alle operazioni indicate nelle lettere a), b) e bbis) dell'articolo 178 si applicano le disposizioni di cui agli articoli 172 e 173”.

L'articolo 181, comma 1, del TUIR prevede che: “Nelle operazioni di cui alle lettere a) e b), del comma 1 dell'articolo 178, le perdite fiscali sono ammesse in deduzione da parte del soggetto non residente alle condizioni e nei limiti di cui all'articolo 172, comma 7, proporzionalmente alla differenza tra gli elementi dell'attivo e del passivo effettivamente connessi alla stabile organizzazione sita nel territorio dello Stato risultante dall'operazione e nei limiti di detta differenza”.

Ciò posto, come già chiarito dalla scrivente con riguardo ad una fattispecie analoga a quella in esame (cfr. Risoluzione n. 66/E del 2007), l'integrazione degli attivi della società incorporata italiana e della preesistente stabile organizzazione italiana della società incorporante non residente comporta la possibilità di realizzare la compensazione intersoggettiva tra perdite e redditi della stabile della società incorporante e della incorporata, per cui, in presenza di perdite fiscali pregresse trova applicazione l'articolo 181 del TUIR che disciplina il riporto delle perdite in sede di fusione e scissione transfrontaliera.

In base all'articolo 181 del TUIR, la deducibilità fiscale delle perdite pregresse da parte del soggetto non residente è ammessa:

- proporzionalmente alla differenza tra gli elementi dell'attivo e del passivo effettivamente connessi alla stabile organizzazione sita nel territorio dello Stato; e
- alle condizioni e nei limiti di cui all'art. 172, comma 7, del TUIR.

Il primo limite intende escludere, in misura proporzionale, la quota parte delle perdite non correlate all'attività che continua ad essere svolta in Italia tramite la stabile organizzazione, mentre il secondo intende evitare che le "fusioni domestiche" siano poste in essere con le cosiddette "bare fiscali", ossia con società prive di una minima "vitalità economica" ma fornite di perdite, assorbite al solo scopo di beneficiare dell'abbattimento dell'imponibile.

Pertanto, considerato che, da quanto dichiarato nell'istanza, in costanza di fusione l'intero patrimonio della società incorporata italiana confluirà nella branch italiana preesistente della casa madre inglese (né avvengono spostamenti di elementi patrimoniali in senso opposto), si deve ritenere che all'integrazione di attivi risulteranno applicabili unicamente i limiti al riporto delle perdite e/o di interessi passivi indeducibili previsti dall'articolo 172, comma 7, del TUIR, concernenti le "fusioni domestiche".

Ai sensi del citato comma 7 dell'articolo 172, è possibile riportare le perdite fiscali, sempre che l'entità cui le stesse afferiscono rispetti determinati parametri di

vitalità economica, nei limiti dell'ammontare del proprio patrimonio netto quale risulta dall'ultimo bilancio o, se inferiore, dalla situazione patrimoniale di cui all'articolo 2501-quater del codice civile, senza tener conto dei conferimenti e versamenti fatti negli ultimi ventiquattro mesi anteriori alla data cui si riferisce la situazione stessa.

Ciò premesso, in merito alle richieste dell'istante:

- di considerare, ai fini dell'individuazione dell'ammontare riportabile di perdite di una stabile organizzazione, il "fondo di dotazione" della branch italiana di BETA ritenuto fiscalmente "congruo", in luogo del patrimonio netto contabile;
 - di conoscere se detto fondo di dotazione "virtuale" debba essere sterilizzato degli eventuali adeguamenti, effettuati nei ventiquattro mesi antecedenti alla fusione, imposti dalla normativa di vigilanza di riferimento ed aventi riflesso sul livello minimo del fondo di dotazione ritenuto fiscalmente "congruo",
- la scrivente osserva quanto segue.

In merito al primo quesito, si ritiene che, ai fini dell'applicazione del limite patrimoniale di cui all'articolo 172, comma 7, del TUIR, in linea di principio, il patrimonio netto deve essere identificato con il fondo di dotazione appartenente alla stabile organizzazione stessa, fermo restando quanto si preciserà di seguito.

Occorre considerare, infatti, che sotto il profilo giuridico la stabile organizzazione non è un'entità autonoma e distinta rispetto alla casa madre della quale costituisce una mera diramazione amministrativa, ma dal punto di vista fiscale è considerata un'entità separata, sia dall'ordinamento nazionale, sia in sede OCSE.

A tal fine, si ritiene che - come precisato dal Commentario OCSE all'art. 7 del Modello di Convenzione - è necessario che la stabile organizzazione sia dotata "di una struttura patrimoniale appropriata sia per l'impresa sia per le funzioni che esercita.". In definitiva, come qualsiasi impresa indipendente, la stabile organizzazione di una impresa non residente deve avere un proprio fondo di dotazione che, ai fini fiscali, può essere anche "figurativo".

Tale diverso approccio, come precisato nella risoluzione del 30 marzo 2006, n. 44/E, è finalizzato a consentire allo Stato in cui la stabile organizzazione è localizzata di esercitare i propri diritti impositivi sul reddito prodotto nel proprio territorio ed è espressione del più generale principio di libera concorrenza (i.e. “arm’s length principle”), che in sede internazionale è utilizzato anche ai fini della corretta attribuzione degli utili o delle perdite ad una stabile organizzazione.

La questione si pone innanzitutto quando la casa madre attribuisce alla stabile organizzazione risorse proprie e/o parte dei finanziamenti da essa contratti per i quali sostiene interessi passivi, ma anche nell’ipotesi, qui in esame, in cui a seguito di un’operazione straordinaria transfrontaliera occorre circoscrivere il limite di riporto delle perdite in capo al soggetto beneficiario, in applicazione del citato articolo 172, comma 7, del TUIR.

Con particolare riferimento al limite del patrimonio netto di cui all’articolo 172, comma 7, l’ammontare rilevante per una stabile organizzazione di un soggetto estero è rappresentato dal fondo di dotazione contabile, come risultante dall’ultimo rendiconto di cui all’articolo 14, comma 5, del D.P.R 600/73 ed integrato delle, eventuali, variazioni fiscali effettivamente operate nella dichiarazione dei redditi del relativo periodo d’imposta, finalizzate a realizzarne la congruità ed entro tali limiti.

Al riguardo, si segnala che le modalità di determinazione del fondo fiscalmente congruo, richiedendo una valutazione di merito, non siano ascrivibili alle prerogative esercitabili in sede di interpello di cui all’articolo 11 della legge 27 luglio 2000, n. 212. Pertanto, in relazione al caso concreto in disamina, la scrivente rileva che si prescinde dal riscontro della congruità ai fini fiscali del fondo di dotazione dell’istante.

In definitiva, fermo restando quanto si preciserà di seguito in merito agli adeguamenti operati nei ventiquattro mesi antecedenti all’operazione straordinaria, ai fini della corretta determinazione dell’ammontare di perdite riportabili ai sensi dell’articolo 172, comma 7, il limite del patrimonio netto deve essere riferito alla

sommatoria di:

- a) fondo di dotazione (o patrimonio netto) contabile risultante dal rendiconto di cui all'articolo 14, comma 5, del DPR n. 600 del 1973;
- b) adeguamenti posti in essere sul piano fiscale - sempreché i medesimi abbiano concorso alla formazione della base imponibile - al fine di ottenere la riclassificazione figurativa dei debiti (produttivi di interessi passivi) risultanti dal proprio passivo patrimoniale in fondo di dotazione.

In tal modo, si ritiene di garantire la corretta determinazione del limite di riporto delle perdite pregresse di cui all'articolo 172, comma 7, del TUIR.

In merito al secondo quesito posto dall'istante, relativo alla necessità o meno di "sterilizzare" l'importo del fondo di dotazione degli eventuali incrementi effettuati nei ventiquattro mesi antecedenti alla fusione per adeguarlo all'ammontare ritenuto fiscalmente congruo, si precisa quanto segue.

La previsione di un periodo di sorveglianza di ventiquattro mesi antecedenti rispetto all'operazione straordinaria (recata dall'art. 172, comma 7) risulta volta a contrastare le ipotesi in cui i conferimenti e versamenti operati artificialmente, durante tale periodo, incrementino il patrimonio netto incidendo sulla determinazione del plafond delle perdite riportabili al soggetto beneficiario dell'operazione straordinaria.

Al fine di contrastare i medesimi fenomeni di carattere elusivo, si ritiene che la predetta disciplina debba essere estesa anche all'ipotesi in cui la casa madre incrementi, nel medesimo periodo di sorveglianza, il fondo di dotazione della propria branch.

Tale incremento, per quanto prima argomentato in tema di determinazione del fondo di dotazione congruo sul piano fiscale, deve essere monitorato in tutte le diverse modalità operative con cui può essere realizzato:

- apporti in denaro operati a qualsiasi titolo dalla casa madre alla stabile organizzazione;

- riclassificazione, operata nel rendiconto, dei debiti (produttivi di interessi passivi) risultanti dal proprio passivo patrimoniale in fondo di dotazione contabile, con conseguente rettifica del conto economico mediante lo storno dei relativi interessi passivi (c.d. “rettifiche contabili”);
- riclassificazione figurativa dei debiti (produttivi di interessi passivi) risultanti dal proprio passivo patrimoniale in fondo di dotazione, realizzata attraverso apposita variazione in aumento, in dichiarazione dei redditi, dei correlati interessi passivi, finalizzata a raggiungere la congruità del fondo di dotazione (c.d. “rettifiche fiscali”).

In proposito, si evidenzia che gli incrementi operati mediante la tecnica delle rettifiche contabili o fiscali del fondo di dotazione sono assimilabili, per funzione, alle ipotesi di “conferimenti e versamenti” operati dalla casa madre.

Pertanto, si ritiene che l’ulteriore previsione recata dall’art. 172, comma 7, relativa ai conferimenti e versamenti fatti negli ultimi ventiquattro mesi anteriori alla data cui si riferisce la situazione patrimoniale, sia da intendersi riferita a tutti i suddetti incrementi.

Ciò nondimeno, poiché l’articolo 172, comma 7, del TUIR, cui si riferiscono le tesi interpretative sopra riportate, involge l’applicazione di norme finalizzate a contrastare comportamenti elusivi, si ritiene che lo stesso possa costituire oggetto di apposito esame nell’ambito della diversa procedura contemplata dall’art. 37-bis, comma 8, del D.P.R. n. 600 del 1973.

Attraverso la presentazione di specifica e motivata istanza all’Agenzia delle entrate, quest’ultima potrà disapplicare - infatti - la norma in esame qualora riscontri che nella particolare fattispecie sottoposta al suo esame non possano verificarsi gli effetti elusivi che la norma stessa intende contrastare.

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