

Risposta n. 135/2023

OGGETTO: Irrilevanza dell'incremento patrimoniale realizzato nel corso del 2021 ai fini della Super Ace di cui all'articolo 19 del D.L. 73/2021, per effetto di fusione di cui all'articolo 172 TUIR – tra società conferente e società conferitaria – realizzata nel successivo periodo di imposta 2022.

Con l'istanza di interpello specificata in oggetto, è stato esposto il seguente

QUESITO

La società RR srl presenta istanza di interpello antiabuso ai sensi dell'articolo 11, comma 1, lett. c), Legge n. 212/2000, facendo presente quanto segue.

RR veniva costituita nel corso del 2019, quale beneficiaria del trasferimento di parte del patrimonio della società TS srl, a seguito di scissione parziale proporzionale della stessa. Il capitale sociale veniva fissato in euro 100.000,00 di cui il 50% di proprietà del socio S S.C. ed il restante 50% di proprietà del socio CA S.C. (vale a dire i medesimi soci, nelle medesime proporzioni, della scissa TS srl).

Con atto di cessione di quota sociale sottoscritto in data 28 dicembre 2021, CA S.C. cedeva la propria quota di partecipazione nella società RR a S S.C., che diveniva così l'unico socio della RR.

I soci medesimi si impegnavano reciprocamente, come preconditione essenziale della cessione di quote, a rinunciare ai finanziamenti fruttiferi erogati a favore di RR per un ammontare di euro 5.000.000 ciascuno, destinandoli ad incremento del patrimonio netto della società. Per effetto della predetta rinuncia, avvenuta in data 27 dicembre 2021, il patrimonio netto di RR al 31 dicembre 2021 registrava un incremento di euro 10.000.000 rispetto al patrimonio netto risultante alla data del 31 dicembre 2020 e, correlatamente, veniva determinato il prezzo di cessione delle quote sociali riconosciuto da S S.C. a CA S.C..

L'articolo 19, comma 2, del D.L. 25.05.2021, n. 73 prevede che nel periodo d'imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2020, per la variazione in aumento del capitale proprio rispetto a quello esistente alla chiusura del periodo d'imposta precedente, l'aliquota percentuale di cui alla lettera b) del comma 287 dell'articolo 1 della legge 27 dicembre 2019, n. 160, è pari al 15 per cento. Nel periodo d'imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2020, gli incrementi del capitale proprio rilevano a partire dal primo giorno del periodo d'imposta. Ai fini della medesima disciplina, la variazione in aumento del capitale proprio rileva per un ammontare massimo di 5 milioni di euro indipendentemente dall'importo del patrimonio netto risultante dal bilancio.

Ai sensi della predetta disposizione normativa RR, per l'anno di imposta 2021, ritiene di aver diritto ad una deduzione cd. "Super Ace" pari a complessivi euro

750.000,00, ottenuta applicando l'aliquota del 15% alla variazione del patrimonio netto nel limite massimo di 5 milioni di euro.

Allo stesso tempo l'istante rappresenta che, per effetto delle disposizioni antielusive contenute nei commi 1 e 2 dell'articolo 10 del DM 3 agosto 2017 la controllante S S.C., ai fini del calcolo della propria deduzione Super Ace per l'anno di imposta 2021, nella dichiarazione dei redditi del 2021 sottrarrà dall'incremento del proprio patrimonio netto esistente al 31 dicembre 2021 rispetto al patrimonio netto risultante al 31 dicembre 2020, l'importo di euro 5.000.000, vale a dire l'incremento di patrimonio netto registrato da RR nel 2021 come conseguenza della sopra citata rinuncia ai finanziamenti soci e alla destinazione a capitale operata in data 27 dicembre 2021.

Poiché il reddito imponibile di RR per l'anno di imposta 2021 non è in grado di assorbire la deduzione Super Ace, la stessa intende avvalersi della possibilità introdotta dal comma 3 del citato articolo 19 del D.L. 73/2021 e chiedere il riconoscimento della deduzione Super Ace spettante per l'anno di imposta 2021, sotto forma di credito di imposta da cedere poi, a norma del comma 6 della medesima norma, ad un istituto di credito o a altra società appartenente al gruppo S.

In data .../.../2022 S S.C. ha deliberato di procedere all'incorporazione della società RR, operazione che intende perfezionare entro la fine dell'anno 2022.

L'articolo 172, comma 7, TUIR, prevede che "Le perdite delle società che partecipano alla fusione, compresa la società incorporante, possono essere portate in diminuzione del reddito della società risultante dalla fusione o incorporante per la parte del loro ammontare che non eccede l'ammontare del rispettivo 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, e sempre che dal conto economico della società le cui perdite sono riportabili, relativo all'esercizio precedente a quello in cui la fusione è stata 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. Le disposizioni del presente comma si applicano anche agli interessi indeducibili oggetto di riporto in avanti di cui al comma 5 dell'articolo 96 del presente testo unico, nonché all'eccedenza relativa all'aiuto alla crescita economica di cui all'articolo 1, comma 4, del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214."

Data questa previsione normativa e, in particolare, vista la limitazione al riporto presso la società incorporante dell'eccedenza relativa all'Ace, se RR decidesse di non trasformare la deduzione Super Ace in credito di imposta da cedere a terzi prima del perfezionamento dell'operazione di fusione per incorporazione, a seguito della fusione stessa potrebbe trasferire all'incorporante un'eccedenza Ace non superiore al proprio patrimonio netto esistente alla data di efficacia della fusione, ma al netto degli incrementi dello stesso verificatisi nei 24 mesi precedenti e, quindi, al netto dell'incremento di euro 10.000.000 derivante dalla rinuncia ai finanziamenti soci fruttiferi effettuata in data 27 dicembre 2021.

Di fatto, quindi, RR potrebbe trasferire all'incorporante al massimo un'eccedenza Ace di circa euro ..., corrispondente al proprio patrimonio netto prima della citata

rinuncia, da parte dei soci, alla restituzione dei finanziamenti e alla destinazione degli stessi ad incremento del capitale, oltre al risultato di esercizio conseguito nel 2021 e a quello risultante dalla situazione patrimoniale ex articolo 2501 quater c.c. per il 2022.

Ciò posto l'istante chiede se la fruizione della deduzione cd. Super Ace sotto forma di credito di imposta, ex comma 3 dell'articolo 19 del D.L. 73/2021 (e la successiva cessione del credito di imposta stesso), prima del perfezionamento dell'iter di fusione per incorporazione della società RR in S S.C. rendendo di fatto inapplicabile l'articolo 172 citato configuri un'operazione sindacabile sotto il profilo dell'abuso del diritto ai sensi dell'articolo 10 bis della legge 27 luglio 2000, n. 212.

SOLUZIONE INTERPRETATIVA PROSPETTATA DAL CONTRIBUENTE

La società istante ritiene che la fruizione della deduzione cd. Super Ace sotto forma di credito di imposta, ai sensi del comma 3 dell'articolo 19 del D.L. 73/2021, e la successiva cessione del credito di imposta stesso, ai sensi del comma 6 della medesima disposizione, a soggetti terzi ovvero ad altre società del gruppo S. S.C., prima del perfezionamento dell'iter di fusione per incorporazione della società RR srl in S. S.C. configuri un'operazione legittima e non in contrasto con la normativa vigente.

Ciò in quanto tale operazione non persegue l'ottenimento di un indebito vantaggio di imposta ma di un beneficio spettante a norma di legge derivante dall'effettivo rafforzamento patrimoniale della partecipata, posto in atto in forza di un accordo vincolante (sottoscritto tra soggetti autonomi e indipendenti) che ha comportato l'acquisizione del controllo di RR srl.

PARERE DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE

Con la presente istanza di interpello RR srl rappresenta una serie di operazioni, nel seguito elencate, oggetto di esame ai sensi della "Disciplina dell'abuso del diritto o elusione fiscale", disposta dal comma 1 dell'articolo 10bis della legge 27 luglio 2000, n. 212:

-cessione da parte della CA S.C. (in data 28 dicembre 2021) delle quote sociali di RR Srl alla Società S. S.C. che diviene, con tale operazione, unico socio di RR Srl. Tale cessione veniva preceduta da un impegno come condizione essenziale della cessione di quote dei soci di RR srl alla rinuncia ai finanziamenti fruttiferi erogati a favore della stessa per un ammontare di euro 5.000.000 ciascuno, destinandoli ad incremento del patrimonio netto della società. A seguito della predetta rinuncia il patrimonio netto di RR srl al 31 dicembre 2021 registrava un incremento di euro 10.000.000;

-fruizione della deduzione cd. Super Ace sotto forma di credito di imposta, ai sensi del comma 3 dell'articolo 19 del D.L. 73/2021 e successiva cessione del credito di imposta stesso ai sensi del comma 6 della medesima disposizione a soggetti terzi (istituti di credito) ovvero ad altre società del gruppo;

-delibera del CdA di S. S.C. (in data 29 aprile 2022) di una fusione per incorporazione della società RR Srl in S. S.C. da perfezionare entro la fine del medesimo anno.

L'istante rappresenta che l'applicazione dell'articolo 172 del TUIR comporterebbe, come conseguenza, che la società, in seguito alla fusione, potrebbe trasferire all'incorporante un'eccedenza ACE massima di circa Euro ... (considerando il patrimonio netto esistente alla data di efficacia della fusione al netto degli incrementi

dello stesso verificatisi nei 24 mesi precedenti, e quindi al netto dell'incremento di Euro 10.000.000 derivante dalla rinuncia ai finanziamenti soci fruttiferi effettuata in data 27 dicembre 2021). Per ovviare a tale limitazione, RR è intenzionata ad avvalersi della possibilità introdotta dal comma 3 dell'articolo 19 del DL 73/2021, ossia il riconoscimento della deduzione Super ACE, spettante per l'anno 2021, sotto forma di credito di imposta da cedere ad un istituto di credito o altra società appartenente al gruppo S. S.C..

In tale contesto, l'istante chiede se l'opzione per la fruizione del credito d'imposta relativo alla Super ACE maturata a seguito della rinuncia ai finanziamenti di cui sopra, rendendo di fatto inapplicabile la norma antielusiva di cui all'articolo 172, comma 7 del TUIR, concernente la riportabilità di perdite, interessi passivi ed eccedenza ACE, possa essere sindacata ai sensi del citato articolo 10 bis della L. 212/2000.

Al riguardo, prima di procedere all'analisi dello specifico quesito formulato dall'interpellante in ottica anti abuso, occorre effettuare delle preliminari valutazioni in ordine al funzionamento del beneficio sia in termini generali che nel caso di specie.

Nell'ambito della normativa ACE, in assenza di disposizioni ad hoc volte a regolare l'agevolazione in questione in presenza di operazioni straordinarie, trovano applicazione le regole fiscali previste in via generale, da ciò consegue che nel caso di specie si applicano le disposizioni dettate in materia di fusione dall'art. 172 del TUIR, il quale prevede il principio generale del "subentro" della società risultante dall'operazione nelle posizioni soggettive facenti capo alle società partecipanti alla stessa.

In particolare, con riferimento alle variazioni di capitale proprio riferibili alle società partecipanti alla fusione intervenute nel lasso di tempo che precede

l'operazione, l'applicazione del predetto principio comporta che, a far data dalla efficacia giuridica della fusione, la società risultante dalla fusione/incorporante deve calcolare la propria variazione di capitale ai fini della determinazione della base ACE sommando algebricamente le variazioni, tanto in aumento che in diminuzione, facenti capo a tutte le società coinvolte nell'operazione.

Tale conclusione, in specie, è stata espressamente avallata dall'Amministrazione finanziaria dapprima in relazione alla "Dual Income Tax" (c.d. "DIT") e, successivamente, proprio con riferimento al beneficio ACE.

In maggior dettaglio, nella Circolare n. 76/E del 6 marzo 1998 si legge che "la società risultante dalla fusione o quella incorporante, possa, a partire dalla data in cui ha effetto la fusione, determinare l'incremento del proprio capitale investito, assumendo anche la variazione in aumento del capitale investito delle società fuse o incorporate".

Tale principio, affermato con specifico riferimento alla DIT, è stato successivamente ribadito anche in relazione all'agevolazione ACE in considerazione delle analogie che caratterizzano alcuni aspetti di quest'ultima con le disposizioni già previste per la DIT (cfr. circolare del 23 maggio 2014, n. 12/E).

Il principio del subentro automatico dell'incorporante nella base ACE dell'incorporata subisce una mitigazione nell'ipotesi di incorporazione di una società controllata che è stata in precedenza destinataria di conferimenti in denaro provenienti dall'incorporante.

In questo caso, così come chiarito dalla risoluzione n. 147/E del 2002, sempre in tema di DIT, la fusione determina un'unificazione soggettiva tra società conferente

e società conferitaria che fa venir meno le esigenze antielusive sottese alla regola della sterilizzazione degli apporti in denaro a favore della controllata.

In sostanza, da un lato si annulla la variazione positiva di patrimonio netto in capo alla conferitaria, dall'altra viene meno, in capo alla conferente, l'esigenza antielusiva sottesa alla regola di sterilizzazione degli apporti in denaro in favore della controllata. Ciò poiché la patrimonializzazione di fatto si annulla, rimanendo in capo al medesimo soggetto (conferente) che l'ha posta in essere.

Ciò premesso, a fianco della disciplina cd "ordinaria", il decreto legge 25 maggio 2021, n. 73, (c.d. "Decreto Sostegni Bis"), al fine di incentivare la patrimonializzazione delle imprese deterioratasi a seguito delle difficoltà economiche causate dalla crisi pandemica, ha introdotto, nell'art. 19, commi da 2 a 7, una disciplina speciale, la cd. Super ACE, caratterizzata da alcuni elementi rafforzativi dell'agevolazione ordinaria aventi carattere transitorio, in quanto circoscritti all'anno d'imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2020 (ovvero al 2021, assumendo l'esercizio coincidente all'anno solare).

L'agevolazione "rafforzata" cd. Super ACE, diversamente dall'ACE ordinaria, prevede espressamente, come condizione essenziale per la fruizione del beneficio, che l'incremento di capitale proprio maturato nel corso del periodo di imposta 2021 venga mantenuto nei periodi d'imposta successivi. In tale ottica, i commi 4 e 5 della norma citata stabiliscono dei meccanismi di recapture del beneficio fiscale fruito qualora nei due anni successivi a quello in corso al 31 dicembre 2021 il patrimonio netto si riduca per cause diverse dall'emersione di perdite di bilancio. Il suddetto meccanismo di recapture, per espressa previsione normativa, come già osservato, si applica esclusivamente alla Super ACE e non all'ACE cd. ordinaria.

La ratio dell'agevolazione rafforzata, con riferimento all'esercizio 2021, infatti, è quella di incentivare le imprese, indebitate a causa della crisi pandemica, che si patrimonializzano e mantengono tale "rafforzamento patrimoniale" con riferimento ad un arco temporale almeno triennale.

Il legislatore attraverso l'introduzione di una condizione temporale per la fruizione del beneficio, rappresentata dal mantenimento del rafforzamento strutturale dell'impresa per un periodo almeno triennale intende perseguire l'obiettivo di incentivare la patrimonializzazione delle imprese deterioratesi a seguito delle difficoltà economiche causate dalla crisi nel "medio periodo" (i.e. oltre l'esercizio di effettiva patrimonializzazione).

Quindi, in sintesi, indipendentemente dalle modalità di fruizione del beneficio (inclusa quindi la sua trasformazione in credito d'imposta), se nel 2022-23 la variazione in aumento del capitale proprio risulta inferiore rispetto a quella del 2021, l'incentivo (anche nella forma di credito d'imposta) deve essere restituito in proporzione a tale minore importo.

Da quanto sopra evidenziato si evince che, mentre la fruizione dell'ACE ordinaria derivante da un conferimento/ rinuncia a credito a favore della conferitaria (poi incorporata) da parte della conferente (poi incorporante), nell'anno "n", viene meno a seguito della fusione nell'anno "n+1" senza alcun meccanismo di recupero di quanto fruito nell'anno "n", diversamente il meccanismo di funzionamento della Super ACE prevede che il venir meno della capitalizzazione sopra descritto, per effetto della fusione prospettata nell'anno "n+1", determini il venir meno dell'agevolazione anche per l'anno "n".

Tanto premesso, non viene esaminato il quesito posto dall'istante sulla sussistenza di profili di abuso del diritto ai sensi del comma 1 dell'articolo 10bis della legge 27 luglio 2000, n. 212 in relazione alla preliminare cessione del credito d'imposta derivante dalla trasformazione del beneficio in credito in quanto esso è assorbito dalla circostanza per cui, sulla base di quanto sopra considerato, il venir meno del requisito del mantenimento dell'incremento di capitale nel triennio successivo alla patrimonializzazione a seguito dell'operazione descritta dall'interpellante comporta, come conseguenza, la perdita dell'agevolazione con obbligo di restituzione della stessa sulla base di quanto previsto nei commi 4 e 5 citati dell'articolo 19 del D.L. n. 73/2021.

(firmato digitalmente)