



**LA DISCIPLINA DELL'AIUTO
ALLA CRESCITA ECONOMICA (ACE)
NELLE OPERAZIONI DI RIORGANIZZAZIONE AZIENDALE**

(Ottobre 2016)



AUTORE DEL DOCUMENTO

A cura di

Stefano Calavena

Commissione Imposte dirette e Reddito d'impresa

Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Roma



INDICE

1.	Premessa	<u>4</u>
2.	Criteri di funzionamento dell'ACE – Cenni generali	<u>4</u>
3.	Fusione	<u>6</u>
4.	Scissione	<u>10</u>
5.	Conferimento d'azienda	<u>14</u>
6.	Operazioni transnazionali	<u>17</u>
	6.1. Operazioni transnazionali in entrata	<u>17</u>
	6.2. Operazioni transnazionali in uscita	<u>21</u>



1. Premessa

Il crescente numero di operazioni di riorganizzazione aziendale registrato nell'arco dell'ultimo biennio, anche in ragione del maggiore interesse da parte di investitori stranieri al mercato italiano, impone agli operatori un'attenta ponderazione di tutte le variabili economiche, nonché del quadro giuridico di riferimento, in grado di influire sugli indici di performance degli investimenti. Sotto il profilo fiscale uno degli istituti di maggior interesse è rappresentato dall'incentivo all'Aiuto alla Crescita Economica ("**ACE**") introdotto dall'art. 1 del Decreto Legge n. 201/2011 ("**Decreto Monti**"), il quale consiste in una deduzione dalla base imponibile dell'Imposta sul Reddito delle Società ("**IRES**") oppure dall'Imposta sul Reddito delle Persone Fisiche ("**IRPEF**") di una componente negativa nozionale parametrata agli incrementi di capitale proprio.

Il Decreto Monti così come il Decreto ministeriale di attuazione del 14 marzo 2012 ("**Decreto Attuativo**") non hanno dedicato una specifica disciplina all'applicazione dell'ACE nelle operazioni straordinarie. La relazione illustrativa al Decreto Attuativo (la "**Relazione Illustrativa**"), nel giustificare questa scelta, ha specificato che *"non si è ritenuto di prevedere alcuna disposizione specifica concernente i riflessi dell'ACE in caso di operazioni straordinarie in quanto trovano applicazione, tendenzialmente, i principi generali che connotano tali operazioni"*. Questa carenza normativa non è stata colmata dagli interventi di prassi dell'Amministrazione Finanziaria registratisi nel corso degli anni (Circolari n. 12/E del 2014 e n. 21/E del 2015).

Con il presente contributo si intende porre l'attenzione su alcune specifiche tematiche che potrebbero emergere nel contesto appena descritto analizzando, dopo una breve introduzione riguardante i criteri generali di funzionamento dell'ACE, le operazioni di (i) fusione, (ii) scissione, (iii) conferimento d'azienda, (iv) nonché in ultimo talune operazioni di carattere transnazionale¹.

2. Criteri di funzionamento dell'ACE – Cenni generali

L'ACE rappresenta una misura agevolativa tesa ad incentivare la patrimonializzazione delle imprese italiane, nonché dei soggetti non residenti che operano in Italia mediante una stabile organizzazione, attenuando pertanto le differenze tra il finanziamento mediante capitale di debito e quello mediante capitale di rischio, attraverso la deduzione dalla base imponibile IRES o IRPEF di una componente nozionale rappresentativa del rendimento del capitale proprio.

Per i soggetti IRES il rendimento nozionale del nuovo capitale è determinato mediante l'applicazione dell'aliquota del 4,75% (prevista per l'esercizio 2016) alla variazione in aumento del suddetto capitale rispetto a quello esistente alla chiusura dell'esercizio in corso al 31 dicembre 2010 ("**Base ACE**"). Le variazioni in aumento della Base ACE includono ai sensi dell'art. 5 del Decreto Attuativo (i) i

* Il presente lavoro è stato svolto nell'ambito della Commissione Reddito di Impresa dell'ODCEC di Roma.

¹ Non verranno invece esaminate ulteriori operazioni c.d. straordinarie, quali ad esempio la trasformazione, lo scambio di partecipazione etc, anche in considerazione del fatto che queste operazioni sembrano presentare minori profili di complessità.



conferimenti in denaro, tra cui vanno ricompresi anche la rinuncia a crediti di natura finanziaria così come la compensazione di crediti in sede di sottoscrizione di capitale sociale e (ii) gli utili accantonati a riserva, tranne quelli destinati a riserve indisponibili che invece concorrono a formare la Base ACE a partire dall'esercizio in cui viene meno la condizione di indisponibilità. Le variazioni in diminuzione invece consistono nelle riduzioni di capitale con attribuzione a qualsiasi titolo ai soci. Rilevano, pertanto, tra le variazioni in aumento (i) gli incrementi patrimoniali esclusivamente in denaro, con esclusione quindi degli apporti in natura, e (ii) gli utili accantonati a riserva. Tra le variazioni in diminuzione invece assume rilevanza qualsiasi forma di decremento patrimoniale con contestuale attribuzione ai soci, anche nel caso di assegnazione di beni in natura^{2 3}. L'art. 11 del Decreto Attuativo pone poi uno specifico limite alla fruizione della misura agevolativa prevedendo che in ciascuno esercizio la Base ACE non può eccedere il Patrimonio Netto risultante dal relativo Bilancio⁴.

L'entità del beneficio ACE deve poi tenere conto di una serie di disposizioni di natura antielusiva contenute nell'art. 10 del Decreto Attuativo finalizzate ad evitare una proliferazione della misura agevolativa tra soggetti facenti parte del medesimo gruppo societario a fronte di un'unica immissione di liquidità⁵. Le fattispecie puntualmente individuate dal Decreto Attuativo comportano – di regola – la sterilizzazione della Base ACE in capo alla società del gruppo che trasferisce liquidità (per un importo di pari ammontare), sicché il beneficio dell'ACE tende a “cumularsi” nel soggetto a valle della catena partecipativa, ossia in capo all'ultimo dei soggetti che beneficiano di un conferimento o di un incremento del proprio patrimonio netto, senza a sua volta trasferirlo ad altri. Tra queste operazioni vanno ricomprese: i conferimenti di denaro, l'acquisto di partecipazioni di controllo e di aziende nonché l'erogazione di finanziamenti a favore di soggetti del gruppo. Questa regola, che tende a sterilizzare la Base ACE del soggetto che trasferisce liquidità, soffre delle eccezioni in presenza di operazioni che vedono coinvolti soggetti non residenti. Invero, in presenza di conferimenti provenienti da soggetti non residenti laddove questi siano a loro volta controllati da soggetti residenti in Italia ovvero conferimenti che provengano da soggetti domiciliati in Paesi c.d. di *black list*⁶ la sterilizzazione opera sul soggetto residente beneficiario dei conferimenti⁷.

² Cfr. Circolare Assonime n. 17 del 2012, par. 3.1.3. in cui viene anche specificato che rileva “la restituzione ai soci di ogni tipologia di conferimento, sia in denaro che natura, a prescindere dall'epoca di formazione delle voci del netto poste in distribuzione”.

³ L'art. 5, comma 3, del Decreto Attuativo stabilisce che le variazioni in diminuzione agiscono retroattivamente assumendo effetto a partire dall'inizio dell'esercizio in cui si manifestano, mentre le variazioni in aumento assumono rilievo dalla data in cui l'operazione può considerarsi realizzata (salvo per gli utili accantonati a riserva che sono computati a partire dall'inizio dell'esercizio in cui le relative riserve si sono formate), concorrendo quindi in tale esercizio a formare la Base ACE *pro rata temporis*.

⁴ Come notato da Assonime (Circolare n. 17 del 2012, par. 3.1.5) la *ratio* di tale limite è da individuarsi nell'esigenza di riconoscere l'agevolazione per un importo non eccedente rispetto all'effettiva consistenza patrimoniale dell'impresa.

⁵ Fermo restando la possibilità di dimostrare anche in sede di interpello l'assenza di questo effetto moltiplicativo. In attuazione della L. n. 23/2014 (Delega Fiscale) è stato condotto un organico processo di rinnovamento dell'istituto dell'interpello per tenere altresì conto degli orientamenti espressi dalla giurisprudenza in vigenza della precedente disciplina, il cui esito è stato trasfuso nel D.Lgs. n. 156/2015. La versione attuale dell'interpello ACE prevede che la disapplicazione delle disposizioni antielusive non deve necessariamente passare attraverso la presentazione dell'interpello, potendo il contribuente disapplicare le disposizioni antielusive anche autonomamente. Invero, il contribuente potrebbe far valere la sussistenza delle condizioni di disapplicazione anche qualora non abbia prodotto istanza di interpello, oppure, avendola presentata, non abbia ricevuto risposta favorevole.

⁶ La recente Circolare n. 35/E del 2016, par. 2.4., in tema della disciplina delle *controlled foreign companies* di cui all'art. 167 del TUIR ha specificato che ai fini ACE i Paesi *black list* devono essere individuati nei Paesi diversi da quelli indicati nel decreto ministeriale 4



L'importo derivante dall'applicazione dell'aliquota del 4,75% alla Base ACE così determinata rappresenta il rendimento nozionale del nuovo capitale ammesso in deduzione dal reddito d'impresa. La parte di rendimento nozionale che supera il reddito complessivo netto dichiarato di periodo ("**Eccedenza ACE**"): (i) è utilizzata nei periodi d'imposta futuri per abbattere il reddito degli stessi ovvero (ii) può essere trasformata in credito d'imposta da utilizzare ai fini dell'Imposta Regionale sulle Attività Produttive ("**IRAP**"). Per i soggetti aderenti al regime di tassazione consolidata di cui all'art. 117 e ss. del D.P.R. n. 917/1986 ("**TUIR**") è ammessa la possibilità di trasferire l'Eccedenza ACE alla *fiscal unit* fino a concorrenza del reddito complessivo globale di gruppo.

A norma dell'art. 2, comma 1, del Decreto Attuativo nel caso in cui il periodo d'imposta sia superiore o inferiore a un anno, la Base ACE va ragguagliata alla durata del periodo d'imposta stesso.

Per i soggetti IRPEF trovano invece applicazione specifiche disposizioni di carattere semplificatorio in ordine alla determinazione della Base ACE: per questi soggetti, invero, l'ACE si applica prendendo in considerazione, ai fini dell'individuazione del capitale agevolabile, lo stock del Patrimonio Netto contabile così come risultante al termine di ciascuno esercizio successivo a quello in corso al 31 dicembre 2010.

3. Fusione

I profili di interesse ai fini dell'ACE emergenti nell'ambito di operazioni di fusione, sia nella variante della fusione propria che in quella della fusione per incorporazione, sono di vario tipo e riguardano tanto i criteri di determinazione della Base ACE quanto la possibilità di utilizzare l'Eccedenza ACE generata antecedentemente alla fusione.

Come anticipato, l'assenza di una specifica disciplina ACE riferita alle operazioni straordinarie è motivata dalla Relazione Illustrativa affermando che per tali fattispecie trovano applicazione i "*principi generali che connotano tali operazioni*"⁸.

Un primo aspetto da esaminare nell'ambito della fusione attiene l'inidoneità di tale operazione a produrre di per sé variazioni rilevanti ai fini dell'ACE. Tale inidoneità si basa su un duplice ordine di motivazioni: la prima riguarda la natura non realizzativa, bensì successoria di tali operazioni, da cui deriva il generale regime di neutralità fiscale ai fini delle imposte sui redditi. La seconda motivazione, invece, attiene alla circostanza che l'incremento patrimoniale che può generarsi in capo alla società risultante dalla fusione, per effetto della compenetrazione dei patrimoni delle società coinvolte nell'operazione, non può essere ricondotto tra le operazioni rilevanti ai fini dell'ACE (i.e. apporti in denaro e destinazione a riserva dell'utile di esercizio) bensì deve essere più propriamente ascritto ad

settembre 1996. La lista dei Paesi contenuta in questo decreto è stata recentemente aggiornata mediante decreto ministeriale del 4 agosto 2016.

⁷ Di seguito con l'espressione Base ACE si farà riferimento alle variazioni di capitale proprio determinate al netto delle sterilizzazioni previste dalla disciplina antielusiva di cui all'art. 10 del Decreto Attuativo.

⁸ La Circolare dell'Amministrazione Finanziaria n. 12/E del 2014 (Premessa) specifica anche che "*in considerazione delle analogie che caratterizzano alcuni aspetti delle norme sull'ACE con le disposizioni già previste per la DIT, devono considerarsi ancora attuali i chiarimenti forniti dall'amministrazione finanziaria in merito alle fattispecie che risultano assimilabili per le due discipline di riferimento (in primis, cfr. circolare n. 76/E del 6 marzo 1998 del Ministero delle finanze)*".



un incremento patrimoniale in natura, fattispecie – come visto – esclusa dalle operazioni rilevanti ai fini del beneficio^{9 10}. Questo principio di neutralità che deve ritenersi generalmente operante nell'ambito delle operazioni straordinarie a carattere successorio deve essere tuttavia meglio contestualizzato in ambito ACE, atteso che la misura dell'agevolazione in commento dipende non solo da variabili di natura fiscale ma anche da grandezze contabili, come ad esempio l'utile di esercizio accantonato a riserva ovvero l'ammontare del Patrimonio Netto.

Nell'ambito della fusione, invero, potrebbero emergere maggiori valori contabili (i.e. disavanzi/avanzi da annullamento o da concambio) idonei ad influire sul risultato di esercizio dell'anno in cui avviene l'operazione ovvero degli anni successivi, i quali - in assenza della specifica opzione per l'affrancamento fiscale - non acquisiscono rilevanza ai fini delle imposte sui redditi. E' ad esempio il caso del disavanzo da fusione non attribuito né ad elementi dell'attivo e del passivo né ad avviamento con conseguente imputazione a Conto Economico di tale importo: in questo caso tale valore influirà sul risultato d'esercizio dell'anno in cui avviene la fusione, potendo contribuire a generare un minore utile d'esercizio. Questo effetto dovrebbe verificarsi anche nell'ipotesi in cui nell'operazione di fusione sia previsto un conguaglio in denaro a favore dei soci. La previsione di un conguaglio non dovrebbe essere trattata ai fini dell'ACE come una variazione in diminuzione del capitale proprio sebbene questo comporti un'attribuzione ai soci di liquidità¹¹. Invero, il conguaglio in denaro – secondo la prassi contabile – dovrebbe assumere la medesima natura del disavanzo¹², cosicché i componenti (negativi) di reddito generati da tale posta contabile sarebbero idonei a ridurre l'utile di esercizio da accantonare a riserva nell'esercizio in cui avviene la fusione ovvero negli esercizi successivi¹³.

A ciò va aggiunto che l'incremento di Patrimonio Netto che potrebbe derivare dall'operazione di fusione, in conseguenza della compenetrazione dei patrimoni delle società interessate dall'operazione, potrebbe essere idoneo a liberare Base ACE non utilizzata precedentemente,

⁹ La stessa Relazione Illustrativa specifica che tra le variazioni in diminuzione della Base ACE *“non rilevano (...) i decrementi conseguenti a operazioni di fusione e scissione”*.

¹⁰ Cfr. Circolare Informativa del Consorzio Studi e Ricerche Fiscali del Gruppo Intesa San Paolo IMI n. 3 del 2012, par. 11 in cui viene specificato che *“per quanto riguarda la fusione, occorre rilevare che tale operazione non è idonea, di per sé, a determinare alcuna variazione rilevante ai fini ACE, né in aumento né in diminuzione, neppure nel caso in cui la fusione avvenga con concambio (...)”*.

¹¹ In sede di determinazione del rapporto di concambio è possibile prevedere un conguaglio in denaro da assegnare ai soci delle società interessate dall'operazione di fusione (art. 2501-ter, n.3, del codice civile). Il conguaglio in denaro non può superare il 10% del valore nominale delle azioni o delle quote assegnate. In particolare, nelle operazioni di fusione il rapporto di concambio consente di determinare quante azioni o quote della società risultante dalla fusione spettano ai soci delle società fuse/incorporate in sostituzione delle loro partecipazioni originarie. L'art. 2501-ter del codice civile prevede altresì che i soci delle società fuse/incorporate possano ricevere un conguaglio in denaro per riequilibrare, ad esempio, un riassetto patrimoniale asimmetrico. In altre parole, il fenomeno giuridico del conguaglio consentirebbe al socio di compensare il disequilibrio patrimoniale derivante da un'assegnazione non proporzionale delle partecipazioni mediante l'incasso di una somma di denaro equivalente.

¹² Cfr. Confalonieri M., *Trasformazione, fusione, conferimento, scissione e liquidazione della società*, Milano, 2016, Gruppo Il Sole 24 Ore, pag. 233. In particolare è affermato che *“il conguaglio in denaro da incorporazione ha (...) la medesima natura del disavanzo da concambio e pertanto potrà essere immediatamente imputato a conto economico o ripartito su un certo numero di esercizi”*.

¹³ Assonime nella citata Circolare n. 17 del 2012 ha notato che per i soggetti tenuti all'adozione dei principi contabili internazionali IAS-IFRS potrebbero emergere per effetto di operazioni straordinarie anche proventi da imputare a Conto Economico ed espressivi di un “buono affare”, i quali pertanto sarebbero idonei ad incrementare la Base ACE a titolo di utile da accantonare a riserva disponibile.



elevando quindi il tetto massimo per la fruizione del beneficio rappresentato dal Patrimonio Netto contabile.

Tali effetti possono in definitiva incidere sulla determinazione dell'ACE, nonostante il carattere neutrale della fusione.

Un secondo profilo di indagine riguarda il subentro della società risultante dalla fusione ovvero incorporante nella posizione ACE delle società fuse ovvero incorporate. Non sussistono particolari dubbi sul fatto che la società avente causa erediti la Base ACE e l'Eccedenza ACE dalla società dante causa, in coerenza con l'art. 172 del TUIR a norma del quale la società risultante dalla fusione subentra negli obblighi e nei diritti delle società fuse o incorporate.

Per quanto riguarda il subentro nella **Base ACE** è da ricordare che la Circolare n. 76/E del 1998 aveva precisato nell'ambito della c.d. Dual Income Tax ("**DIT**") di cui al D.Lgs. n. 466/1997 che *"si ritiene 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"*. Questo effetto della fusione deve essere attentamente valutato perché, se da un lato, la società avente causa potrebbe ereditare una Base ACE positiva, d'altro canto, potrebbe anche verificarsi la situazione in cui la società avente causa erediti una Base ACE negativa¹⁴, dovuta ad esempio alle specifiche sterilizzazioni operate dalle società fuse per effetto delle disposizioni antielusive di cui all'art. 10 del Decreto Attuativo¹⁵. Potrebbe, pertanto, verificarsi la situazione in cui la società avente causa sia tenuta a ridurre la propria Base ACE di partenza per effetto della compensazione di questa con la Base ACE negativa derivante dalle società fuse/incorporate. Questo effetto rappresenta un importante elemento che caratterizza e distingue il funzionamento dell'ACE nell'ambito delle operazioni straordinarie rispetto a quello del regime di consolidato nazionale, quest'ultimo contraddistinto dal fatto che alla *fiscal unit* non viene trasferita Base ACE negativa (o positiva), in quanto – come già rilevato – le società aderenti al regime di tassazione consolidata possono attribuire al gruppo esclusivamente l'Eccedenza ACE non utilizzata su base soggettiva¹⁶.

¹⁴ Cfr. Circolare Assonime n. 17 del 2012, par. 3.2.2.

¹⁵ Il subentro nella Base ACE negativa rappresenta un aspetto che differenzia il trattamento ACE dal trattamento dell'eccedenza di ROL rilevante ai fini dell'art. 96 del TUIR, in cui la società avente causa della fusione può ereditare esclusivamente un'eccedenza di ROL positiva e non anche negativa.

¹⁶ Questa peculiarità che contraddistingue il funzionamento dell'ACE nell'ambito del consolidato nazionale rispetto ad una operazione di fusione lascerebbe spazio ad **ipotesi di pianificazione fiscale che permetterebbero di cumulare all'interno della tassazione di gruppo sia la deducibilità degli interessi passivi che dell'Eccedenza ACE**. Si ipotizzi infatti che una società italiana contragga un finanziamento fruttifero in denaro da un soggetto terzo ed utilizzi questa liquidità per effettuare un conferimento in denaro ad una società controllata, finalizzato all'acquisto da parte di quest'ultima (ad esempio) di una partecipazione da soggetti non appartenenti al gruppo (e quindi non sterilizzabile per effetto delle disposizioni antielusive ACE). Se la società controllante non ha a sua volta Base ACE da sterilizzare a fronte del conferimento in denaro effettuato (che rientra tra le fattispecie previste dalle disposizioni antielusive), si avrà come conseguenza che (i) la società controllata riceverà un conferimento rilevante ai fini dell'ACE, mentre la società controllante (ii) non subirà alcuna penalizzazione ACE nell'immediato e a sua volta (iii) sosterrà interessi passivi da dedurre. In caso di partecipazione al regime di tassazione consolidata si potrebbe, quindi, verificare la presenza simultanea sia di Eccedenza ACE (non utilizzata dalla controllata) sia di eccedenza d'interessi passivi non dedotti dalla controllante (la quale non trasferisce al gruppo la Base ACE negativa). Queste operazioni sembrerebbero essere coerenti con la *ratio* dell'ACE, anche in considerazione del fatto che la stessa Amministrazione Finanziaria con la Circolare n. 21/E del 2015 (par. 3.11) ha sostenuto che, in assenza di "circularità", l'ACE generata dalla società controllata "*sia genuina*". Come visto, invece, se la società controllante incorporasse la società controllata (così come, del



Una fattispecie esaminata dall'Amministrazione Finanziaria con riferimento alla DIT¹⁷ riguarda il caso di incorporazione da parte di una società controllante di una propria partecipata, a favore della quale la società incorporante aveva effettuato in passato dei conferimenti oggetto di sterilizzazione in attuazione delle specifiche disposizioni antielusive. L'Amministrazione Finanziaria, in questo caso, aveva affermato che la fusione non può generare ingiustificati annullamenti della Base ACE, con il portato che la situazione post fusione, oltre ad essere caratterizzata dall'unione dei patrimoni delle società coinvolte dall'operazione, dovrà altresì garantire l'unione delle Basi ACE delle due società come se le stesse non fossero mai state interessate in passato da operazioni tra esse intercorse. Ne consegue che la società incorporante, da un lato, dovrà annullare la sterilizzazione a suo tempo operata in ragione del conferimento effettuato a favore della società controllata (successivamente incorporata), dall'altro lato, dovrà ridurre la Base ACE per un importo pari alla variazione in aumento di cui aveva beneficiato la società incorporata¹⁸.

Relativamente al subentro nell'**Eccedenza ACE** è sorto il dubbio se questa vada sottoposta ai **test di vitalità e patrimoniali contenuti nell'art. 172, comma 7, del TUIR**. Quest'ultima disposizione dal carattere antielusivo e finalizzata al contrasto del commercio delle c.d. "bare fiscali" pone delle specifiche limitazioni, circa sia l'*an* che il *quantum*, al riporto delle perdite fiscali pregresse e degli interessi passivi in sede di fusione. Secondo la dottrina¹⁹ non dovrebbero operare ai fini dell'ACE le specifiche limitazioni previste per il riporto degli interessi passivi e delle perdite fiscali e, pertanto, l'Eccedenza ACE sarebbe trasferibile senza alcuna limitazione anche laddove i citati test non fossero

resto, nell'ipotesi in cui fosse la stessa controllata a ottenere direttamente il finanziamento) questo effetto non si verificherebbe, tenuto conto che la Base ACE positiva della controllata verrebbe compensata dalla Base ACE negativa della controllante. Si veda Marani M., *Via libera alla combinazione tra ACE ed interessi passivi*, in La Gestione Straordinaria delle Imprese, n. 4 del 2015, Albano G., *Elusione fiscale e fattispecie rilevanti ai fini ACE*, in La Gestione Straordinaria delle Imprese, n. 3 del 2014.

¹⁷ Cfr. Risoluzione n. 147/E del 2002.

¹⁸ I principi espressi nella Risoluzione n. 147/E del 2002 ci permettono di svolgere alcune considerazioni anche sul tema della **natura permanente e definitiva delle sterilizzazioni operate in attuazione delle disposizioni antielusive** di cui all'art. 10 del Decreto Attuativo. Invero, la soluzione accolta dall'Amministrazione Finanziaria nella Risoluzione n. 147/E del 2002 risulta derogare in parte a quanto più volte affermato sia nei documenti di prassi che nella Relazione Illustrativa secondo cui le sterilizzazioni continuano ad operare anche se alla fine del periodo d'imposta non sussiste più il requisito di controllo necessario per l'applicazione delle disposizioni antielusive. Invero, come notato da Assonime (Circolare n. 17 del 2012, par. 3.2.2), sarebbe coerente derogare alla definitività delle sterilizzazioni operate anche nelle ipotesi in cui tali conferimenti siano oggetto di restituzione, mediante appunto un riassorbimento della sterilizzazione operata, e ciò anche per garantire una simmetria delle posizioni ACE delle società coinvolte. Infatti, in assenza di questo riassorbimento, si avrebbe che (i) al momento del conferimento il soggetto conferente sterilizzerebbe la propria Base ACE mentre il conferitario godrebbe dell'aumento del proprio capitale agevolabile (simmetria garantita), mentre (ii) al momento della restituzione del conferimento il conferitario ridurrebbe la propria Base ACE (essendo un'attribuzione ai soci), mentre la conferente non potrebbe annullare la sterilizzazione a suo tempo operata (assenza di simmetria). Assonime motiva tale soluzione sostenendo che per effetto della restituzione "viene comunque ad essere eliminata la possibilità di utilizzare le somme a suo tempo conferite per effettuare ulteriori apporti agevolabili ai fini ACE". E' utile anche notare che il sistema ACE è caratterizzato da una asimmetria circa il regime delle variazioni in aumento rispetto a quello delle variazioni in diminuzione; difatti, mentre tra le variazioni in aumento vanno inclusi solo gli apporti in denaro registratisi a partire dall'esercizio 2011, tra le variazioni in diminuzione si considerano anche le restituzioni ai soci in natura e anche se le relative riserve oggetto di distribuzione si siano formate in esercizi antecedenti al 2011. La possibilità di riassorbire la sterilizzazione operata sul conferimento oggetto di restituzione attenuerebbe in qualche modo questo effetto distorsivo riportando il sistema su un piano di maggiore equità e simmetria.

¹⁹ Cfr., *inter alia*, Circolare dell'Istituto di ricerca DCEC n. 28/IR del 2012, par. 11.



superati²⁰. Questa conclusione sembrerebbe coerente con i criteri di funzionamento dell'ACE se si considera che la Base ACE già in ogni singolo esercizio è soggetta ad una specifica limitazione non potendo eccedere il Patrimonio Netto contabile, cosicché una ulteriore limitazione - avente ad oggetto però in questo caso il riporto dell'Eccedenza ACE - sarebbe potuta risultare eccessivamente penalizzante. In realtà, la questione non sembra così pacifica e qualche dubbio potrebbe sorgere se si considera che il sistema ACE è costruito in modo tale che il rendimento nozionale risulta deducibile in ogni singolo esercizio sino a concorrenza del reddito imponibile, con la conseguenza che la quota eccedente è utilizzabile per abbattere i redditi degli esercizi futuri²¹. In assenza del meccanismo di riporto in avanti, l'Eccedenza ACE avrebbe quindi concorso a determinare il risultato fiscale di periodo, generando per l'effetto delle perdite fiscali sottoposte, in questo caso, ai citati test di cui all'art. 172, comma 7, del TUIR. Sotto questo punto di vista sarebbero, pertanto, individuabili delle analogie tra la natura delle perdite fiscali e l'Eccedenza ACE, tali da far ritenere che anche per l'Eccedenza ACE debba trovare applicazione la medesima disciplina prevista per le perdite fiscali. A ciò si potrebbe obiettare che l'Eccedenza ACE – in alternativa al riporto in avanti – può essere convertita in un credito d'imposta da utilizzare ai fini dell'IRAP, differenziandosi in maniera significativa rispetto alle perdite fiscali. Più in generale, comunque, in assenza di una specifica disposizione non pare possibile subordinare meccanicamente il riporto dell'Eccedenza ACE all'osservanza dei test di cui all'art. 172, comma 7, del TUIR²². Ci sembra invece che gli unici limiti al riporto dell'Eccedenza ACE in presenza di fusioni possano essere più facilmente individuati ricorrendo alla disciplina dell'abuso del diritto codificata nell'art. 10-bis della Legge n. 212/2000, nel senso che potrebbero essere sindacate dall'Amministrazione Finanziaria esclusivamente quelle operazioni volte all'ottenimento di indebiti vantaggi fiscali²³.

4. Scissione

Anche la scissione presenta taluni aspetti di particolare interesse. Analogamente alla fusione anche l'operazione di scissione non è di per se idonea a generare aumenti e/o diminuzioni del capitale proprio rilevanti ai fini dell'ACE. Ciò dipende sia dalla natura successoria e non realizzativa dell'operazione sia dal fatto che le attribuzioni patrimoniali di cui godono le società beneficiarie dell'operazione (sia esse neocostituite o già esistenti) vanno considerate come apporti in natura e

²⁰ Da questa angolazione si ravvisano pertanto analogie con il trattamento riservato al riporto dell'eccedenza di ROL nell'ambito delle operazioni straordinarie, per la quale – come notato dalla dottrina (Circolare Assonime n. 46 del 2009, par. 9) – in assenza di specifiche disposizioni non dovrebbero operare limitazioni.

²¹ Cfr. Mastroberti A., *"Riporto di interessi, Rol ed ACE in caso di fusione o scissione"*, in La Gestione Straordinaria delle Imprese, n. 4 del 2014.

²² Tenuto altresì conto che lo stesso art. 172, comma 7, del TUIR rappresenta una norma antielusiva e, pertanto, suscettibile di disapplicazione mediante l'istituto dell'interpello di cui all'art. 11, comma 2, della Legge n. 212/2000, come ricordato, da ultimo, dalle Circolari n. 6/E del 2016 in tema *Leveraged Buy Out*, e la Circolare n. 9/E del 2016 in tema di revisione della disciplina degli interpelli.

²³ Sotto altro profilo, si potrebbe sostenere – laddove la società ai sensi dell'art. 172, comma 7, del TUIR risultasse "vitale" e con Patrimonio Netto capiente – che questi indicatori economici potrebbero essere degli indici dell'assenza di elusività sottesa all'operazione di fusione, fermo restando, comunque, che il mancato superamento di questi test non dovrebbe indicare ex se un intento elusivo tale da limitare il riporto dell'Eccedenza ACE.



non in denaro²⁴. Questo principio di neutralità – come già rilevato per la fusione – soffre talune limitazioni derivanti dall'iscrizione di poste contabili (disavanzi o avanzi) in grado di influire sui risultati economici dell'anno in cui avviene l'operazione e/o degli esercizi successivi con effetti concreti ai fini della determinazione della Base ACE. Analogamente gli incrementi di Patrimonio Netto contabile derivanti dalla scissione potrebbero liberare Base ACE fino ad allora non utilizzata.

Con specifico riferimento alla scissione, un primo aspetto da esaminare riguarda il criterio di ripartizione tra le società beneficiarie (e scissa in caso di scissione parziale) della Base ACE e dell'Eccedenza ACE. A questo riguardo, la citata Circolare n. 76/E del 1998 aveva specificato in ambito DIT che *“il criterio in base al quale deve essere effettuata la ripartizione della variazione in aumento del capitale investito è individuabile nella disposizione contenuta nel quarto comma dell'art. 123-bis del TUIR, nel senso che la predetta variazione deve essere ripartita esclusivamente **in proporzione alle rispettive quote di patrimonio netto contabile trasferite o rimaste nella società scissa**”*. Questa soluzione come sostenuto dalla dottrina²⁵ dovrebbe continuare ad operare anche ai fini dell'ACE con riferimento alla ripartizione sia della Base ACE sia dell'Eccedenza ACE. Sembrerebbe, infatti, che non si possano estendere a questi fini le conclusioni recentemente raggiunte dall'Amministrazione Finanziaria (Risoluzione n. 52/E del 2015) in merito alla ripartizione del costo fiscale della partecipazione nella società scissa in capo ai soci. In particolare, l'Amministrazione Finanziaria, con riguardo a questa specifica fattispecie e superando alcuni suoi precedenti di prassi²⁶, ha ritenuto coerente *“fare riferimento alla suddivisione del valore effettivo del patrimonio netto della società scissa tra le società partecipanti alla scissione”*. Si può notare che l'art. 173 del TUIR non disciplina specificamente il criterio da seguire ai fini della richiamata ripartizione, potendosi, pertanto, sostenere in via interpretativa la possibilità di applicare uno specifico metodo (ad esempio avente ad oggetto i valori effettivi dei Patrimoni) in luogo di un altro (i.e. valori contabili dei Patrimoni). Nel caso dell'ACE, invece, sembra che questo esercizio interpretativo non sia consentito dovendosi necessariamente fare riferimento alle quote di Patrimonio Netto contabile trasferite o rimaste nella società scissa, e ciò in specifica attuazione del comma 4 dell'art. 173 del TUIR che prevede che le posizioni soggettive della società scissa sono attribuite alle beneficiarie (o alla società scissa in caso di scissione parziale) *“in proporzione delle rispettive quote del patrimonio netto contabile trasferite o rimaste (...)”*. Oltre ad avere un chiaro fondamento normativo, il predetto metodo garantisce una certa oggettività e sembra altresì coerente con il sistema dell'ACE considerato che l'entità dell'agevolazione è ancorata esclusivamente agli incrementi di capitale proprio, indipendentemente dall'utilizzo che successivamente se ne faccia.

Sotto altro profilo - come abbiamo visto - gli utili suscettibili di generare incrementi del capitale proprio sono solo quelli destinati a riserve disponibili, mentre le **riserve indisponibili** concorrono a

²⁴ Così come, in caso di scissione parziale, la riduzione patrimoniale della società scissa non può esser ricondotta tra le operazioni che comportano un'attribuzione *“a qualsiasi titolo, ai soci o partecipanti”* che determina una contrazione della Base ACE.

²⁵ Cfr. Circolare Assonime n. 17 del 2012, par. 3.2.2.; Circolare Informativa del Consorzio Studi e Ricerche Fiscali del Gruppo Intesa San Paolo IMI n. 3 del 2012, par. 11.

²⁶ Cfr. Circolare n. 98/E del 2000 e Circolare n. 6/E del 2006. Queste, in particolare, avevano affermato l'applicabilità del criterio incentrato sui valori contabili dei Patrimoni Netti delle società coinvolte nella scissione.



formare la Base ACE solo a seguito dello svincolo della relativa riserva con conseguente riclassificazione (da indisponibile a disponibile), a patto comunque che tali riserve si siano formate a decorrere dal periodo d'imposta 2011. Per tali riserve, potenzialmente agevolabili, si è posto il problema se continui a trovare applicazione il criterio generale appena evocato relativo alla ripartizione basata sui valori contabili dei patrimoni trasferiti e rimasti. A norma dell'art. 173, comma 4, del TUIR il suddetto criterio proporzionale viene derogato nei casi *"di posizioni soggettive connesse specificamente o per insiemi agli elementi del patrimonio scisso, nel qual caso seguono tali elementi presso i rispettivi titolari"*. Sulla base di tale specifica deroga la dottrina ha sostenuto²⁷ che in tali fattispecie *"l'applicazione di un criterio proporzionale di ripartizione non parrebbe appropriato, tenuto conto che la rimozione del vincolo di indisponibilità viene a dipendere dalla dinamica che tali riserve potranno avere presso la beneficiaria"* suggerendo, di conseguenza, l'applicazione di un **criterio "analitico-contabile"**, quantomeno nel caso in cui sia possibile ricostruire un legame specifico tra la riserva e la posta contabile a cui questa si riferisce. Potrebbe essere, ad esempio, il caso della riserva utili su cambi generata da un credito in valuta iscritto in base al cambio di fine esercizio e sottoposta, pertanto, al vincolo di indisponibilità sino al realizzo del relativo credito. In questo caso, in base all'impostazione appena rappresentata, la riserva di utili potenzialmente rilevante ai fini dell'ACE seguirebbe le sorti del relativo credito, concorrendo pertanto a formare Base ACE della società beneficiaria della scissione a cui il relativo credito è assegnato (ovviamente al momento dello svincolo). Si potrebbe invero obiettare che, ai fini della determinazione dell'agevolazione ACE, è del tutto irrilevante la "sorte" degli asset o delle passività che partecipano alla formazione della relativa base, così come del resto l'agevolazione non discrimina tra i diversi utilizzi del capitale che può, quindi, essere utilizzato sia per investimenti produttivi che per investimenti di natura finanziaria con l'unico limite delle operazioni contemplate dalle disposizioni antielusive di cui all'art. 10 del Decreto Attuativo. Nonostante ciò, si ritiene che il metodo "analitico-contabile" – oltre ad essere coerente rispetto alla deroga specifica al criterio di proporzionalità contenuta nell'art. 173, comma 4, del TUIR – sia altresì idoneo a garantire una certa oggettività, nonché una gestione più lineare e meno complessa della Base ACE delle società coinvolte nella scissione. Diversamente, ove si ritenesse di accedere al criterio di proporzionalità, la società che acquisisce gli elementi patrimoniali connessi alle riserve di utili indisponibili, sarebbe tenuta, al verificarsi della condizione sospensiva, a comunicare alle altre società interessate dalla precedente scissione la possibilità di computare ai fini dell'ACE la riserva divenuta disponibile (per la quota di rispettiva spettanza). A ciò va aggiunto che laddove tale riserva venisse successivamente distribuita, la riduzione della Base ACE riguarderebbe esclusivamente la società che l'ha effettivamente posta in distribuzione e non anche le altre società che hanno beneficiato dell'incremento del capitale agevolabile per effetto dell'applicazione del criterio proporzionale. Anche queste considerazioni di carattere pratico-applicativo denotano la complessità dell'adozione di un metodo proporzionale, facendo pertanto preferire un criterio "analitico-contabile" maggiormente in linea con la meccanica dell'ACE.

²⁷ Cfr. Circolare Assonime n. 17 del 2012, par. 3.2.2.



Infine, un aspetto che generalmente viene in rilievo nell'ambito della scissione, in tutti i casi in cui non si ricorra alla retrodatazione contabile e fiscale²⁸, riguarda **l'attribuzione della Base ACE nell'esercizio in cui la scissione produce effetti**, fermo restando l'applicazione del criterio di ripartizione in proporzione ai valori contabili del patrimonio trasferito²⁹. In assenza di precise indicazioni da parte dell'Amministrazione Finanziaria ci sembra che il criterio più coerente con i principi di neutralità e di continuità delle operazioni straordinarie sia quello di seguito descritto. Si ipotizzi il caso di una scissione parziale con assegnazione a società beneficiarie neocostituite: ne seguirà che **(i)** le società beneficiarie della scissione a norma dell'art. 2, comma 1, del Decreto Attuativo ragguagliano la Base ACE ricevuta alla durata del periodo d'imposta, vale a dire il periodo compreso tra la data di efficacia della scissione e la fine del periodo d'imposta; **(ii)** per quanto riguarda la società scissa - che non si estingue per effetto della scissione - si ritiene corretto operare come segue: **(a)** per il periodo compreso tra l'inizio del periodo d'imposta e la data di effetto della scissione la scissa dovrebbe considerare l'intera Base ACE ante scissione, **(b)** per il periodo compreso tra la data di effetto della scissione e la fine del periodo d'imposta la scissa dovrebbe considerare esclusivamente la Base ACE non trasferita alla beneficiaria. Non sembra, invece, accettabile un'impostazione che giunga alla conclusione che la società scissa debba beneficiare dell'ACE solo per la quota di Base ACE risultante al termine del periodo d'imposta, senza considerare, quindi, il periodo precedente la scissione. Invero, ove si aderisse a questa ultima impostazione vi sarebbe una perdita su "base consolidata" del beneficio, atteso che **(i)** la società scissa sarebbe tenuta a determinare la Base ACE di periodo solo in considerazione degli incrementi di capitale proprio rilevanti al termine del periodo d'imposta senza, quindi, tenere conto degli incrementi ante scissione, mentre **(ii)** le società beneficiarie se neocostituite sarebbero tenute a ragguagliare la Base ACE alla durata del periodo d'imposta. Ciò genererebbe degli effetti che non sembrano coerenti con la natura successoria e il carattere neutrale tipici delle operazioni straordinarie in commento³⁰. La soluzione qui proposta, oltre a evitare questi effetti distorsivi, dovrebbe ritenersi valida non solo nella fattispecie sopra descritta, cioè di scissione parziale con assegnazione a beneficiarie neocostituite, ma anche - più in generale - nel caso in cui le società beneficiarie siano preesistenti, non essendo quindi tenute al ragguaglio della Base ACE (prevista nei casi in cui il periodo d'imposta sia inferiore o superiore all'anno). In quest'ultimo caso, infatti, ove si prendesse a riferimento esclusivamente la situazione al termine del periodo d'imposta non si riscontrerebbe complessivamente una perdita di beneficio, giacché la perdita subita dalla scissa verrebbe compensata dall'incremento del beneficio ACE in capo

²⁸ La retrodatazione fiscale è possibile, a norma dell'art. 173, comma 11, del TUIR, solo nella specifica ipotesi di scissione totale con società beneficiarie preesistenti. Più in generale, la problematica che verrà esaminata, tanto per le fusioni quanto per le scissioni, non si dovrebbe porre in tutti i casi in cui si opti per il regime di retrodatazione contabile e fiscale.

²⁹ Sul punto si veda in ambito DIT, Cezza G.L., D'Elia D., *L'applicazione della DIT nelle operazioni di scissione*, in *Pratica Contabile*, n. 5 del 2001, pag. 19 e ss.

³⁰ Ovvero si pensi al caso di una fusione per incorporazione senza retrodatazione contabile e fiscale. In questo caso, la società incorporata sarebbe tenuta a ragguagliare ad anno la propria Base ACE, mentre la società incorporante prendendo a riferimento la sua situazione al termine del periodo d'imposta determinerebbe la Base ACE computando anche gli incrementi di capitali derivanti dalla incorporata per l'intero esercizio, ciò generando, quindi, un effetto moltiplicativo di beneficio ACE. Anche questo risultato non sembrerebbe essere coerente con il sistema ACE.



alle beneficiarie³¹. Sebbene in questa particolare ipotesi non si verificherebbero gli effetti sopra descritti, non sembra comunque coerente a livello sistematico questo criterio di attribuzione che tenderebbe a beneficiare o penalizzare soggetti, ancorché limitatamente ad una breve finestra temporale, che non erano nelle effettive disponibilità del capitale proprio agevolabile³². Del resto, a favore della soluzione qui proposta depone anche la circostanza che ove la determinazione della Base ACE si basasse esclusivamente sulla situazione delle società coinvolte nella scissione al termine del periodo d'imposta, ciò comporterebbe di fatto una retrodatazione degli effetti fiscali dell'operazione, tenuto conto che le società scisse e/o beneficiarie sarebbero tenute a determinare la propria Base ACE dell'esercizio come se l'operazione straordinaria fosse intervenuta all'inizio del periodo d'imposta³³.

5. Conferimento d'azienda

Il conferimento d'azienda presenta minori problematiche rispetto alle operazioni di fusione e/o scissione sopra analizzate. Vale innanzitutto osservare che il conferimento d'azienda, sebbene goda di un regime di neutralità fiscale ai sensi dell'art. 176 del TUIR, non rappresenta una operazione ascrivibile a quelle che comportano una successione universale (che caratterizzano le fusioni e le scissioni). Il conferimento d'azienda è comunque un'operazione di vendita in cambio di un corrispettivo (non monetario) e ciò comporta che la conferitaria, sebbene erediti senza soluzione di continuità le attività e le passività della conferente, d'altro canto non subentra anche nelle posizioni soggettive di quest'ultima. Ed è per questo motivo che **nel conferimento d'azienda la società conferitaria non eredita la Base ACE e l'Eccedenza ACE** formata in capo alla conferente, le quali pertanto restano a disposizione esclusivamente della "dante causa".

Il conferimento d'azienda, d'altra parte, non determina un incremento del capitale proprio agevolabile della conferitaria, tenuto conto che ai fini dell'ACE rilevano esclusivamente i conferimenti in denaro, essendo invece irrilevanti i conferimenti in natura, e ciò anche nell'ipotesi in cui nell'azienda conferita sia presente una componente di liquidità (anche di rilevante dimensioni)³⁴. In

³¹ Il subentro nella Base ACE delle società beneficiarie, infatti, non potrebbe essere qualificato come un incremento del capitale proprio previsto dall'art. 5 del Decreto Attuativo che fa decorrere gli effetti degli incrementi non già dall'inizio del periodo d'imposta in cui avvengono, bensì dalla data in cui viene effettuata l'operazione. Pertanto, le società beneficiarie determinerebbero la Base ACE anche considerando quella proveniente dalla società scissa e senza alcun ragguaglio temporale.

³² Naturalmente, l'impostazione qui proposta comporterebbe taluni correttivi ai criteri di determinazione del beneficio ACE: tra questi in particolare - riprendendo l'esempio sopra riportato - la società scissa sarebbe tenuta ad effettuare nel corso dell'anno un doppio test del Patrimonio Netto: una prima volta alla data di effetto della scissione prendendo a riferimento l'intero Patrimonio Netto contabile, una seconda volta al termine del periodo d'imposta prendendo a riferimento il Patrimonio Netto contabile post scissione.

³³ Inoltre, anche l'art. 173, comma 4, del TUIR afferma che le posizioni soggettive della società scissa si trasferiscono alle beneficiarie (e in caso di scissione parziale alla società scissa) **"dalla data in cui la scissione ha effetto"**, e non quindi dall'inizio del periodo d'imposta in cui la scissione produce effetti (a meno che ovviamente non si ricorra alla retrodatazione contabile e fiscale).

³⁴ Cfr. Circolare n. 76/E del 1998, par. 4.1.1. in ambito DIT in cui è stata negata la possibilità di computare la componente di liquidità in quanto il conferimento d'azienda rappresenta un *"conferimento in natura, atteso che l'azienda costituisce una "universitas" di beni materiali, immateriali e di rapporti giuridico-economici diretti a consentire l'esercizio dell'attività d'impresa"*. Del resto un caso analogo è ravvisabile nell'ambito del regime di *Participation Exemption* di cui all'art. 87 del TUIR laddove nell'ambito dell'azienda ceduta sia anche presente una partecipazione societaria potenzialmente eleggibile ai fini Pex. In questo caso, l'Amministrazione Finanziaria ebbe modo di precisare nella Circolare n. 6/E del 2006, par. 5.2. che non è possibile estrapolare dal corrispettivo relativo all'intero complesso



dottrina ci si è chiesti, invece, se il conferimento possa qualificarsi per la conferitaria come un acquisto di azienda e, pertanto, come una operazione soggetta alle disposizioni antielusive di cui all'art. 10 del Decreto Attuativo (a condizione sempre che l'operazione avvenga tra soggetti del medesimo gruppo). Sulla base della formulazione dell'art. 10, comma 3, lett. b), del Decreto Attuativo a norma del quale la sterilizzazione della Base Ace opera per i *"corrispettivi per l'acquisizione di aziende o di rami di aziende"* era stato affermato che i conferimenti d'azienda non sarebbero stati oggetto di penalizzazione tenuto conto che *"l'emissione delle partecipazioni a fronte dell'apporto di azienda non si configura come un corrispettivo, ma costituisce una prestazione tipica resa nell'ambito di un contratto associativo con comunione di scopo"*³⁵. La questione comunque sembrerebbe essere stata definitivamente risolta dalla Circolare dell'Amministrazione Finanziaria n. 21/E del 2015, i cui chiarimenti - sebbene riferiti all'acquisto di partecipazioni di controllo - hanno evidenziato che **sono da escludere dall'ambito delle disposizioni antielusive gli acquisti non regolati da un corrispettivo in denaro** e ciò nell'assunto che la previsione di un corrispettivo in natura *"non possa comportare moltiplicazione del beneficio ACE, mediante il trasferimento di somme che hanno incrementato il capitale proprio di chi le ha ricevute ad altri soggetti del gruppo potenzialmente legittimati ad usare tali somme per porre in essere un conferimento in denaro duplicando la base ACE"*^{36 37}.

Per quanto attiene, invece, la posizione della conferente vale innanzitutto notare che il conferimento d'azienda non è una operazione da sterilizzare per effetto dell'art. 10, comma 2, del Decreto Attuativo, tenuto conto che quest'ultima norma penalizza esclusivamente i conferimenti in denaro e non anche i conferimenti in natura³⁸. Un ulteriore aspetto da esaminare riguarda l'eventuale **plusvalenza contabile che potrebbe conseguire la società conferente** per effetto del maggior valore di iscrizione della partecipazione a fronte dell'azienda conferita. A questo riguardo è stato sostenuto che la plusvalenza - anche se non soggetta ad imposizione per effetto della neutralità fiscale dell'operazione - concorrendo a formare l'utile di esercizio sarebbe suscettibile di generare Base ACE ove il relativo utile non fosse distribuito³⁹. Invero, la questione non appare essere così del tutto pacifica e richiede un'analisi più approfondita circa la natura della riserva relativa alla quota di plusvalenza derivante dal conferimento d'azienda. E' fondamentale capire se la riserva sia disponibile ai sensi dell'articolo 5 del Decreto Attuativo, in quanto iscritta a fronte di utili effettivamente realizzati, ovvero debba essere trattata come una riserva indisponibile riclassificabile in riserva

aziendale la plusvalenza relativa alla partecipazione Pex. Si veda al riguardo anche Santocchini M., Marra G., *Gli effetti delle operazioni straordinarie sul regime Pex*, in La Participation Exemption (a cura di Brunelli F.), Giuffrè Editore, 2016, pag. 176.

³⁵ Cfr. Circolare Assonime n. 17 del 2012, par. 3.2.2.

³⁶ Cfr. Circolare n. 21/E del 2015, par. 3.6. In particolare, non si ravvisano particolari motivazioni per non estendere le conclusioni raggiunte dall'Amministrazione Finanziaria per l'acquisto di partecipazioni di controllo anche all'acquisto di aziende.

³⁷ Questo intervento di prassi dovrebbe dissipare anche i (pochi) dubbi che erano sorti con riferimento alle operazioni di riorganizzazione aziendale poste in essere dai soggetti tenuti all'adozione dei principi contabili internazionali IAS-IFRS. Invero, in applicazione di detti principi contabili le operazioni di riorganizzazione (i.e. fusione, scissione e conferimento d'azienda) sono trattate indistintamente come acquisti di aziende. La posizione dell'Amministrazione Finanziaria dovrebbe chiarire, quindi, che non opererebbe alcuna sterilizzazione di Base ACE a seguito di queste operazioni straordinarie non essendoci un corrispettivo in denaro.

³⁸ Sebbene il conferimento in natura potrebbe prestarsi in alcune circostanze al raggiungimento di un effetto moltiplicativo dell'ACE. Si veda al riguardo la Circolare n. 21/E del 2015, par. 3.11.

³⁹ Cfr. Circolare Assonime n. 17 del 2012, par. 3.2.2.



disponibile solo al momento del realizzo della partecipazione (in questa accezione il conferimento verrebbe considerato come una operazione interna all'azienda alla stregua di una rivalutazione degli asset conferiti). Non senza fondamento è stato affermato che una posizione ragionevole potrebbe essere quella di *"considerare riserva disponibile quella che si è formata da un conferimento d'azienda nel quale la conferente ha perso il controllo dell'azienda conferita (business combination); considerare riserva non disponibile la riserva che si è formata a fronte di un conferimento di azienda all'interno di un gruppo societario nel quale la conferente mantiene il controllo della società nella quale l'azienda è stata conferita (under common control)"*⁴⁰. La rappresentazione contabile del conferimento di azienda non è del tutto chiara, tenuto conto che manca un principio contabile che ne disciplini il trattamento⁴¹. In assenza di un preciso quadro contabile, si registrano diverse posizioni circa il trattamento da riservare ai plusvalori che potrebbero emergere nel Bilancio del conferente a seguito della suddetta operazione. Parte della dottrina facendo leva su alcune indicazioni fornite dalla Consob⁴² ha sostenuto che la plusvalenza emergente a seguito del conferimento andrebbe iscritta indistintamente a Conto Economico concorrendo pertanto a formare il risultato di esercizio nell'anno in cui l'operazione ha luogo. Altra parte della dottrina ha, invece, sostenuto che il trattamento contabile dipenderebbe dalla natura dell'operazione. In particolare, laddove il conferimento sia da ricondurre al c.d. "modello cessione", vale a dire una operazione posta in essere in un contesto operativo che implichi la volontà del conferente di realizzare il valore dell'azienda⁴³ sembrerebbe corretto far transitare la plusvalenza da Conto Economico. Di contro, se il conferimento ricade nella categoria del conferimento "modello trasformazione" in quanto considerata come operazione posta in essere all'interno del gruppo⁴⁴ allora sembrerebbe più corretto iscrivere direttamente il plusvalore in una apposita riserva di Patrimonio Netto (senza transito a Conto Economico), distribuibile solo a seguito del realizzo dei maggiori valori sulla partecipazione⁴⁵. Si è anche sostenuto che una soluzione di compromesso potrebbe essere quella di trattare la riserva, indipendentemente dal fatto che si sia formata per mezzo della destinazione dell'utile di esercizio (cui ha concorso la plusvalenza da conferimento) o per effetto della diretta iscrizione dei plusvalori derivanti da conferimento, come

⁴⁰ Cfr. Meneghetti P., *Conferimenti d'azienda: la chance della Base ACE*, in Il Sole 24 Ore del 22 giugno 2015.

⁴¹ Per quanto riguarda, invece, i soggetti che adottano i principi contabili internazionali il conferimento d'azienda rientra tra le operazioni di *business combination* disciplinate dall'IFRS 3, se diverse da quelle c.d. *under common control* (ossia se non avviene tra soggetti appartenenti al medesimo gruppo societario). Nell'ambito dell'IFRS 3 la partecipazione assegnata dalla conferitaria quale corrispettivo dell'azienda trasferita va iscritta nel Bilancio della conferente al costo rappresentativo di quanto ricevuto (i.e. fair value delle azioni o quote emesse dalla conferitaria), rilevando a Conto Economico l'eventuale plusvalenza o minusvalenza. Di contro le operazioni di *"business combination involving entities or business under common control"* sono escluse dall'ambito di applicazione dell'IFRS 3. In assenza di un preciso principio contabile, Assirevi con l'OPI n. 1 del marzo 2007 ha fornito alcune indicazioni circa il regime contabile da riservare a queste ultime operazioni, specificando che laddove l'operazione straordinaria non comporti una significativa influenza sui flussi di cassa futuri sia preferibile un approccio che garantisca una continuità dei valori contabili, con la conseguenza che laddove la conferente iscriva la partecipazione ricevuta al medesimo valore delle attività/passività trasferite alla conferitaria, non si registreranno plusvalenze o minusvalenze nel Conto Economico della stessa conferente.

⁴² Cfr. Comunicazione Consob 19.4.1994 n. Soc/Rm/94004211.

⁴³ Ad esempio in quanto il conferente acquisisce il controllo di un complesso aziendale che precedentemente era controllato da terzi.

⁴⁴ Ad esempio conferimenti in società controllate interamente possedute.

⁴⁵ Cfr. Zanetti E., *Aspetti contabili del conferimento d'azienda*, in Schede di aggiornamento Eutekne, 2009.



una riserva indisponibile sino al realizzo della partecipazione⁴⁶. Dal punto di vista dell'ACE, limitatamente ai conferimenti "modello trasformazione", quest'ultima potrebbe essere la soluzione più appagante oltretutto prudente, atteso che con la nozione di indisponibilità fornita dall'art. 5, comma 5, del Decreto Attuativo si è inteso penalizzare esplicitamente gli utili non realmente conseguiti in quanto derivanti da atti valutativi⁴⁷. Pertanto, ai fini dell'ACE la riserva derivante da un conferimento "modello trasformazione" sarebbe idonea a concorrere a formare Base ACE esclusivamente a seguito del realizzo della partecipazione, ossia al momento in cui i plusvalori allocati sulla partecipazione ricevuta possono considerarsi effettivamente conseguiti. Rileverebbe, invece, immediatamente la plusvalenza derivante dal conferimento "modello cessione".

6. Operazioni transnazionali

La disciplina dell'ACE deve essere attentamente valutata anche nell'ambito delle operazioni di tipo transnazionale che coinvolgono società residenti in Italia e soggetti di diritto estero. Di seguito vengono affrontate alcune delle problematiche che potrebbero emergere in presenza delle richiamate operazioni straordinarie distinguendo, in particolare, da un lato, le operazioni transazionali in entrata e, dall'altro, le operazioni transazionali in uscita dall'Italia⁴⁸.

6.1. Operazioni transazionali in entrata

Una prima fattispecie da esaminare riguarda il **trasferimento da parte di una società estera della residenza fiscale in Italia**. A questo riguardo l'Amministrazione Finanziaria con la Circolare n. 12/E del 2014 si è espressa affermando che *"a partire dal periodo d'imposta in cui acquisisce la qualifica di soggetto residente, la società potrà, pertanto, applicare le disposizioni contenute nel decreto ACE (comprese le disposizioni antielusive previste all'articolo 10), considerando tutti gli incrementi e decrementi di capitale proprio realizzati a partire dall'esercizio in corso al 31 dicembre 2011"*. Pertanto, a partire dall'esercizio in cui la società assume la residenza fiscale in Italia, questa determina la propria Base ACE considerando tutti gli incrementi e decrementi del proprio capitale intervenuti a partire dall'esercizio 2011, tenendo anche conto degli esercizi in cui non era residente in Italia. Di contro la società non "acquisisce" anche la virtuale Eccedenza ACE che si sarebbe formata negli esercizi in cui la stessa non era residente in Italia, così come chiarito nella stessa Circolare, la quale esclude la possibilità di beneficiare dell'agevolazione ACE per i periodi d'imposta in cui la

⁴⁶ Cfr. Landuzzi F., *Il conferimento del patrimonio netto negativo in una Srl*, in La Rivista delle Operazioni Straordinarie, 2010, Il volume, pag. 27 e ss. In questo senso può essere interpretato anche un passaggio della Comunicazione Consob di cui alla nota sub (42) secondo cui in relazione alla riserva di utile formata con la plusvalenza da conferimento *"si ravvisa l'opportunità che la politica di distribuzione degli utili scaturenti dall'operazione in questione sia il più possibile correlata con la realizzazione finanziaria dei plusvalori"*. Di contro, invece, la Risoluzione n. 82/E del 2000 aveva ritenuto che la riserva da conferimento fosse utilizzabile per la copertura di perdite di esercizio e liberamente distribuibile ai soci.

⁴⁷ In questo senso anche la Relazione Illustrativa che specifica che costituiscono riserve di utili non disponibili *"le riserve formate con utili diversi da quelli realmente conseguiti ai sensi dell'art. 2433 del codice civile in quanto derivanti da processi di valutazione (...)"*.

⁴⁸ Si segnala altresì che la recente Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 35/E del 2016 ha chiarito che per effetto delle modifiche apportate dal D.Lgs. n. 147/2015 all'art. 167, comma 6, del TUIR possa ritenersi estesa *"anche alla CFC l'applicazione dell'istituto dell'aiuto alla crescita economica"*, superando pertanto la precedente posizione assunta con la Circolare n. 12/E del 2014.



società non era fiscalmente italiana^{49 50}. Occorre chiedersi se tale soluzione possa ritenersi valida in ogni caso di trasferimento di residenza in Italia e, quindi, indipendentemente dal percorso giuridico attraverso cui si effettui il trasferimento, oppure sia una soluzione applicabile nelle sole ipotesi in cui il **trasferimento avvenga in regime di “continuità giuridica”**, con ciò intendendosi la fattispecie in cui una società trasferisce in Italia la propria sede senza necessità di costituirsi *ex novo*. Invero, laddove non fosse possibile sotto il profilo civilistico eseguire il trasferimento di sede in Italia in regime di “continuità giuridica”, in quanto l’ordinamento di provenienza non permette il trasferimento della sede all’estero, imponendo la dissoluzione e liquidazione dell’ente, occorre valutare se la ricostituzione della società in Italia possa essere considerata come una operazione neutra ai fini dell’ACE, ovvero si debba registrare una discontinuità anche ai fini dell’agevolazione in commento⁵¹. Quest’ultima soluzione comporterebbe l’impossibilità per la società che si ricostituisce di determinare la Base ACE tenendo anche conto degli incrementi e decrementi di capitale formati negli anni in cui non era residente in Italia, così come di computare nella futura Base ACE l’apporto di azienda ricevuto in sede di ricostituzione in Italia, essendo quest’ultima operazione irrilevante ai fini dell’ACE. Se da un lato considerazioni di tipo sistematico deporrebbero a favore di un trattamento omogeneo di fattispecie simili (in quanto finalizzate ad uno scopo identico, i.e. il trasferimento della sede fiscale in Italia), non si può fare a meno di evidenziare che proprio sotto il profilo giuridico la liquidazione (e successiva ricostituzione della società in Italia) dovrebbe rappresentare un evento interruttivo, tale da impedire che la società costituita *ex novo* possa ereditare le posizioni soggettive della società estinta (tra cui quelle connesse al beneficio ACE). Poiché questa soluzione risulterebbe essere molto penalizzante, anche in considerazione del fatto che la successiva ricostituzione dovrebbe qualificarsi avvenuta mediante un apporto in natura⁵², si auspica da parte dell’Amministrazione Finanziaria una interpretazione favorevole tesa a garantire un trattamento omogeneo sotto il profilo dell’ACE alle diverse modalità mediante le quali può avvenire il trasferimento di sede in Italia.

⁴⁹ Del resto, una soluzione differente avrebbe comportato per il soggetto che trasferisce la residenza fiscale in Italia l’onere di ricostruire a posteriori il reddito di esercizio per i periodi d’imposta per i quali il beneficio ACE era fruibile, in modo tale da determinare la virtuale Eccedenza ACE che sarebbe maturata per effetto dell’incapienza del virtuale reddito imponibile (determinato secondo le norme tributarie italiane). L’esclusione della possibilità del riporto dell’Eccedenza ACE è coerente anche con quanto affermato nella Risoluzione n. 345/E del 2008 in tema di riporto delle perdite fiscali a seguito del trasferimento della residenza fiscale in Italia.

⁵⁰ Assonine nella Circolare n. 20 del 2014, par. 2.4. ha anche osservato che gli effetti del trasferimento della residenza fiscale in Italia potrebbero non riguardare esclusivamente il soggetto che diviene fiscalmente residente in Italia ma anche altri soggetti. E’ ad esempio il caso di conferimenti effettuati da una società italiana ad una propria controllata non residente che acquisisce successivamente la residenza fiscale in Italia. Atteso che i conferimenti a favore di un soggetto non residente non sono da sterilizzare in base alle disposizioni antielusive ACE, Assonime però nota che tali conferimenti dovrebbero essere sterilizzati una volta che il soggetto controllato trasferisce la propria residenza in Italia.

⁵¹ L’operazione di trasferimento di residenza fiscale in Italia è stata recentemente disciplinata dal D.Lgs. n. 147/2015 (Decreto Internazionalizzazione) mediante l’introduzione dell’art.166-bis del TUIR. Si veda a questo riguardo Rossi L., Ficai G., *Acquisizione della residenza fiscale in Italia e valorizzazione ai fini tributari di beni provenienti dall’estero*, in Corriere Tributario, n. 13 del 2016, i quali nel commentare le fattispecie ricomprese dal recente art. 166-bis del TUIR hanno escluso la possibilità di applicare la norma in caso di trasferimento che non avvenga in regime di “continuità giuridica” notando che in tale eventualità “a fronte della liquidazione del soggetto estero, si configurerebbero due operazioni distinte: l’attribuzione del patrimonio della società estera ai propri soci a titolo di dividendo in natura (conseguente all’evento liquidativo) ed il successivo conferimento di tale patrimonio in una società residente”.

⁵² L’art. 5, comma 6, del Decreto Attuativo dispone che per le imprese costituite successivamente al 31 dicembre 2010 si assume come incremento anche il patrimonio di costituzione derivante da conferimenti in denaro.



Qualora la società che trasferisce la residenza fiscale abbia **una stabile organizzazione destinata ad estinguersi per confluenza nella casa madre** è necessario valutare se possano considerarsi ancora valide le considerazioni appena svolte che muovono dai chiarimenti forniti dall'Amministrazione Finanziaria nella citata Circolare n. 12/E del 2014. Per quanto attiene la Base ACE si ritiene che continui ad operare la soluzione contenuta nella citata Circolare secondo la quale la società che trasferisce la residenza fiscale in Italia determini la propria Base ACE considerando tutti gli incrementi e decrementi del proprio capitale formati a partire dal 2011, anche se questi non erano riferibili all'attività esercitata per il tramite della stabile organizzazione italiana. Si potrebbe obiettare che gli incrementi di capitale rilevanti ai fini dell'ACE siano solo quelli effettivamente connessi a un'attività svolta in Italia, per cui non si dovrebbe tenere conto nella determinazione della Base ACE degli incrementi e decrementi di capitale avvenuti negli anni in cui la società era residente all'estero che non erano confluiti nella stabile organizzazione italiana. Ci sembra tuttavia che questa obiezione possa essere superata se si considera che l'agevolazione ACE *"non discrimina tra i diversi utilizzi del capitale"*⁵³. Pertanto, **gli incrementi di capitale rilevanti non sarebbero limitati a quelli destinati ad essere utilizzati per un'attività svolta in Italia ma ricomprirebbero anche quelli destinati a investimenti esteri**, atteso che anche gli investimenti esteri concorrono a generare reddito imponibile assoggettato a tassazione in Italia. Questo principio dovrebbe essere confermato anche nell'ipotesi in cui la società che trasferisce la residenza in Italia mantenga una stabile organizzazione all'estero, a meno che quest'ultima non aderisca al recente istituto di *branch exemption* di cui all'art. 168-ter del TUIR⁵⁴. Invero anche in questo caso il fatto che gli incrementi di capitale proprio siano destinati o continuino a finanziare una attività estera non dovrebbe comportare limitazioni alla determinazione della Base ACE. Sotto altro profilo, la società che trasferisce la residenza in Italia dovrebbe **"consolidare" l'Eccedenza ACE della preesistente stabile organizzazione**, a condizione tuttavia che l'operazione avvenga in regime di *"neutralità giuridica"*⁵⁵. In questo caso, invero, non si tratterebbe di un *"subentro"*, così come inteso nell'accezione delle operazioni di fusione/scissione, tenuto conto che l'unico soggetto passivo d'imposta resterebbe infatti – secondo l'orientamento più

⁵³ Con l'unico limite delle operazioni contemplate dalle disposizioni antielusive di cui all'art. 10 del Decreto Attuativo. Cfr. Miele L., *Holding per acquisizione di partecipazioni e abuso del diritto*, in Norme e Tributi Mese, n. 6 del 2016, pag. 62 e ss.

⁵⁴ Il D.Lgs. n. 147/2015 con l'introduzione dell'art. 168-ter del TUIR ha previsto la possibilità per le imprese situate nel territorio dello Stato di aderire ad un regime di esenzione degli utili e delle perdite attribuibili a tutte le proprie stabili organizzazioni all'estero. La versione della bozza di Provvedimento messa in consultazione dall'Agenzia delle Entrate nel febbraio 2016 prevede che l'opzione per la *branch exemption* modifica ai fini ACE sia l'ammontare di capitale proprio esistente al 31 dicembre 2010, sia eventuali incrementi e decrementi successivi, che vanno sterilizzati delle variazioni subite dal fondo di dotazione della stabile organizzazione esente. Assonime (Consultazioni n. 6 del 2016 – Osservazioni alla bozza di provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate sul regime di *branch exemption*) ha notato che la *ratio* di questa sterilizzazione dovrebbe individuarsi nel fatto che l'esercizio dell'opzione determina la fuoriuscita dal circuito impositivo di un'attività che non darà luogo in futuro a redditi imponibili in Italia.

⁵⁵ Non dovrebbe rilevare la circostanza che l'Eccedenza ACE si sia formata seguendo i criteri specifici previsti per le stabili organizzazioni, tra i quali in particolare, come chiarito dalla Relazione Illustrativa, che i riferimenti che le norme fanno ai soci sono da intendersi come effettuati alla casa madre. Punti di contatto possono essere individuati nel caso di trasformazione da società di persone in società di capitali e viceversa, per le quali i criteri di funzionamento dell'ACE sono del tutto diversi. In questo caso, ad esempio, è stato sostenuto che in caso di trasformazione regressiva (i.e. da società di capitali in società di persone) l'Eccedenza ACE maturata in capo alla società di capitali venga trasferita alla società di persone. Si veda per una sintesi di questi principi Di Pillo V., *ACE ed operazioni straordinarie*, in Bilancio e Reddito d'Impresa, n. 7 del 2015.



diffuso in dottrina - il soggetto non residente, mentre la stabile organizzazione sita nel territorio Italiano ne costituirebbe soltanto una articolazione interna, priva di soggettività tributaria autonoma⁵⁶. E' per questi motivi che la società che trasferisce la residenza in Italia dovrebbe "consolidare" l'Eccedenza ACE della propria preesistente stabile organizzazione, senza limitazioni di alcun tipo.

Sempre per quanto riguarda le operazioni in entrata, si ritiene che i principi sopra espressi con riferimento all'ipotesi di trasferimento di sede in Italia debbano valere anche nei casi di operazioni straordinarie, quali **fusione e scissione, che in base alla legislazione dello Stato di riferimento, non comportino effetti estintivi/liquidativi**, bensì siano qualificate come operazioni che determinano una successione a titolo universale della società avente causa nelle posizioni soggettive della società dante causa. Potrebbe essere il caso in cui una società non residente venga incorporata da una società residente in Italia (o si fonda nella stessa), oppure si scinda in tutto o in parte a favore di una società beneficiaria residente in Italia. Per esempio, nell'ipotesi di incorporazione di una società non residente, l'incorporante residente in Italia dovrebbe poter determinare la propria Base ACE tenendo conto anche degli incrementi/decrementi di capitale della società incorporata avvenuti a partire dal 2011. Analogamente, l'Eccedenza ACE dovrebbe essere ereditata da parte della società incorporante nei limiti in cui la società incorporata deteneva una preesistente stabile organizzazione in Italia⁵⁷. In generale, in tutti i casi in cui l'operazione straordinaria non produca dal punto di vista civilistico effetti estintivi, bensì operi come una successione a titolo universale⁵⁸, la società avente causa dovrebbe

⁵⁶ La soggettività tributaria della stabile organizzazione rappresenta da sempre un tema molto dibattuto in ambito tributario. E' prevalente in dottrina l'opinione secondo cui la stabile organizzazione, nel sistema delle imposte sui redditi, non goda di una propria soggettività tributaria, bensì sarebbe una figura che rileva ai soli fini della localizzazione dei redditi d'impresa ed alla connessa delimitazione territoriale della potestà impositiva. Si veda ad esempio Boria P., *L'individuazione della stabile organizzazione*, in Rivista di Diritto Tributario, n.1 del 2014, pag. 1 e ss.

⁵⁷ Questa conclusione sembrerebbe altresì avvalorata dai chiarimenti forniti nella Risoluzione n. 110/E del 2007. In particolare è stato affermato che il conferimento di una stabile organizzazione da parte di un soggetto non residente in una società residente non permette alla società conferitaria di subentrare alla stabile organizzazione nel regime di consolidato in cui questa partecipava in veste di consolidante, in quanto il conferimento non determina il subentro nelle posizioni soggettive del conferente. Secondo l'Amministrazione Finanziaria *"il conferimento della stabile organizzazione, sebbene usufruisca a certe condizioni del regime di neutralità fiscale, non è assimilabile ad un'operazione di fusione o scissione per le quali, al contrario, vige il principio di successione universale delle società risultanti dalle operazioni stesse in tutte le posizioni soggettive delle società fuse, incorporate o scisse"*. Quindi, pare di capire che, laddove una società residente avesse incorporato la società non residente con stabile organizzazione italiana, la società incorporante italiana sarebbe potuta subentrare nel consolidato della stabile organizzazione, in quanto la fusione avrebbe comportato una successione universale della società incorporante in tutte le posizioni soggettive dell'incorporata, fermo restando naturalmente il rispetto degli obblighi previsti dall'art. 124, commi 5 e 5-bis, del TUIR in caso di fusione che coinvolgono la società consolidante.

⁵⁸ Queste considerazioni dovrebbero valere a prescindere dal fatto che l'operazione di fusione/scissione sia disciplinata dagli artt. 178 e seguenti del TUIR, vale a dire le disposizioni attuative della Direttiva del Consiglio della Comunità Europea n. 90/434/CE in tema di regime fiscale di operazioni straordinarie comunitarie. L'Amministrazione Finanziaria ha già da tempo riconosciuto infatti la neutralità di operazioni straordinarie transfrontaliere che non ricadono nell'ambito della predetta Direttiva comunitaria. Invero con la Risoluzione n. 470/E del 2008 è stato accordato il regime di neutralità fiscale di cui all'art. 172 del TUIR ad una fusione tra due società tedesche con stabile organizzazione in Italia: fattispecie non coperta dalla Direttiva comunitaria essendo entrambe le società residenti nel medesimo Stato. In particolare è stato sostenuto che la disciplina delle fusioni domestiche di cui all'art. 172 del TUIR, nel prevedere un regime di neutralità fiscale con riguardo ai beni delle società incorporate o fuse, non discrimina in merito alla residenza delle società coinvolte. Sulla base di queste considerazioni l'Amministrazione Finanziaria ha quindi ritenuto che anche operazioni non coperte dalla Direttiva comunitaria possano godere del regime di neutralità, a patto che l'operazione, secondo la legislazione dello Stato estero, si qualifichi come fusione, così come definita dall'ordinamento italiano (nonché a condizione che i soggetti coinvolti abbiano una forma giuridica



ereditare sia la virtuale Base ACE formatasi in capo al soggetto dante causa, sia l'Eccedenza ACE eventualmente generata della preesistente stabile organizzazione in Italia del medesimo dante causa⁵⁹. Questa soluzione sembra altresì coerente con quanto affermato nella Circolare n. 12/E del 2014 in tema di trasferimento della residenza in Italia. Invero, se è permesso alla società che trasferisce la residenza fiscale in Italia determinare la Base ACE tenendo conto anche degli incrementi e decrementi del proprio capitale avvenuti negli esercizi precedenti al trasferimento, non si vede il motivo per cui tale soluzione non possa rimanere valida nel caso in cui "l'ingresso" in Italia avvenga non per il tramite di un trasferimento di residenza, ma per mezzo di una operazione straordinaria eseguita in "continuità giuridica"⁶⁰.

6.2. Operazioni transnazionali in uscita

Venendo, invece, alle operazioni che comportano una uscita dall'Italia, una prima fattispecie da esaminare è quella del **trasferimento della residenza della società italiana all'estero**. Se i beni non confluiscono in una stabile organizzazione italiana è evidente che non si pone alcun quesito per quanto riguarda l'ACE, in quanto venendo meno il collegamento territoriale tra il soggetto che trasferisce la residenza e l'ordinamento tributario italiano, la posizione ACE maturata verrà perduta⁶¹. Considerazioni diverse devono essere invece svolte nell'ipotesi in cui la società che trasferisce all'estero la residenza **mantenga in Italia una stabile organizzazione** in cui possa confluire tutto (o parte) del proprio patrimonio. A questo riguardo, la società non residente, per il tramite della stabile organizzazione italiana, dovrebbe **"consolidare" la posizione ACE maturata alla data del trasferimento** sia per quanto riguarda la Base ACE sia per quanto attiene l'Eccedenza ACE, tenuto conto del regime di "continuità giuridica" che generalmente connota il trasferimento di sede dall'Italia all'estero. Non dovrebbe ritenersi la costituzione della stabile organizzazione quale evento interruttivo; in questa prospettiva la previsione di cui all'art. 5, comma 6, del Decreto Attuativo secondo cui per *"le stabili organizzazioni di imprese non residenti costituite successivamente al 31 dicembre 2010 si assume come incremento anche (...) il fondo di dotazione, per l'ammontare derivante dai conferimenti in denaro"* dovrebbe considerarsi circoscritta alle sole ipotesi in cui l'attività economica avviata dal soggetto non residente in Italia sia qualificabile come una attività "nuova" e non quindi come una continuazione dell'attività precedentemente svolta dalla società che "migra" all'estero. Si pone comunque il quesito se l'utilizzo della Base ACE e dell'Eccedenza ACE sia sottoposto ad **eventuali limitazioni**. L'art. 166, comma 2-bis, del TUIR, invero, stabilisce in caso di

omologa a quella prevista per le società di diritto italiano e che l'operazione produca effetti in Italia sulla posizione fiscale di almeno un soggetto coinvolto). Questi principi sono anche contenuti nella Risoluzione della Direzione Regionale dell'Emilia Romagna n. 8996 del 2000, in Rivista del Diritto Tributario, 2000, IV, pag. 229 e ss..

⁵⁹ Pertanto, nelle operazioni straordinarie transfrontaliere si applicherebbero - per quanto compatibili - le disposizioni di cui agli artt. 172 e 173 del TUIR. In particolare, in caso di scissione da parte di un soggetto non residente a favore di una società italiana, questa erediterebbe la Base ACE in proporzione al valore del Patrimonio Netto contabile attribuito.

⁶⁰ La recente Risoluzione n. 69/E del 2016, sebbene in un diverso contesto, ha assimilato le operazioni in ingresso che avvengono per mezzo di operazioni straordinarie come la fusione all'operazione di trasferimento di residenza in Italia.

⁶¹ Salvo - si ritiene - la possibilità di utilizzare l'Eccedenza ACE maturata in diminuzione della plusvalenza da *exit tax* di cui all'art. 166 del TUIR, analogamente a quanto avviene per le perdite fiscali. Si veda l'art. 1, comma 4, del Decreto 2 luglio 2014.



trasferimento della residenza all'estero che la stabile organizzazione abbia il diritto di utilizzare le perdite fiscali residue nei limiti indicati dall'art. 181 del TUIR. Quest'ultima norma, a sua volta, prevede che nelle operazioni di fusione e scissione intracomunitarie le perdite fiscali sono utilizzabili dalla stabile organizzazione *"nei limiti di cui all'art. 172, comma 7, proporzionalmente alla differenza tra gli elementi dell'attivo e del passivo effettivamente connessi alla stabile organizzazione (...)".* La norma, quindi, individua due categorie di limitazioni: *"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"*⁶² mentre il secondo limite, quello di cui all'art. 172, comma 7, del TUIR, è teso a contrastare il commercio delle c.d. "bare fiscali". Posto che, come rappresentato, in ambito ACE i c.d. test di vitalità e patrimoniali previsti per il riporto delle perdite fiscali e degli interessi passivi di cui all'art. 172, comma 7, del TUIR non dovrebbero operare, invece sembrerebbe più coerente sotto il profilo sistematico – ed anche in assenza di una specifica disposizione – applicare la prima limitazione e quindi **consentire alla stabile organizzazione il diritto all'utilizzo della Base ACE e dell'Eccedenza ACE nei limiti ed in proporzione al patrimonio che confluisce nella stabile organizzazione**⁶³. In questo caso, il patrimonio che non confluisce nella stabile organizzazione non concorrerà più in futuro a generare reddito imponibile da assoggettare a tassazione in Italia. Il criterio di attribuzione in esame sarebbe pertanto analogo a quello utilizzato per le scissioni domestiche nelle quali la Base ACE e l'Eccedenza ACE vengono ripartite tra le società coinvolte nell'operazione in proporzione al Patrimonio Netto attribuito ad ogni società. Ne consegue che laddove l'intero patrimonio della società che trasferisce all'estero la residenza fiscale confluisca in una stabile organizzazione italiana, la Base ACE e l'Eccedenza ACE dovrebbero essere "consolidate" integralmente dalla stabile organizzazione.

Per quanto riguarda sempre le operazioni di uscita dall'Italia, i principi sopra espressi con riferimento all'ipotesi di trasferimento di sede dall'Italia all'estero dovrebbero valere anche nei casi di operazioni straordinarie, quali **fusione e scissione**, che avvengano in "continuità giuridica". Si pensi all'ipotesi in cui una società italiana venisse incorporata da un soggetto non residente, il quale tuttavia faccia confluire le attività e le passività dell'incorporata in una stabile organizzazione italiana. Anche in questa ipotesi il soggetto non residente incorporante, per il tramite della stabile organizzazione italiana, dovrebbe ereditare la posizione ACE della società incorporata, potendo pertanto utilizzare in futuro sia la Base ACE che l'Eccedenza ACE proporzionalmente al patrimonio della società incorporata confluito nella stabile organizzazione.

⁶² Cfr. Risoluzione n. 63/E del 2014.

⁶³ Tenendo tuttavia in considerazione le peculiarità che contraddistinguono la determinazione della Base ACE delle stabili organizzazioni.