

OGGETTO: Disapplicazione articolo 172, comma 7, del TUIR, in caso di MLBO con posizioni soggettive da riportare per entrambe le società

QUESITO

Con l'istanza in esame si richiede la disapplicazione delle limitazioni di cui all'articolo 172, comma 7, del TUIR, relativamente al riporto delle perdite fiscali, degli interessi passivi indeducibili e delle eccedenze di ACE, in relazione a una operazione di fusione che rispetta lo schema della fusione a seguito di acquisizione con indebitamento di cui all'articolo 2501-*bis* del codice civile (MLBO).

La ALFA S.p.A. (di seguito, ALFA) svolge attività di distribuzione di

....

Si premette che, nel corso del 2015, la società di diritto olandese ALFA U.A. aveva acquisito il controllo della ALFA mediante un'altra operazione di MLBO, che si concludeva con la stipula dell'Atto di Fusione il 27 giugno *n* per la incorporazione della controllante ALFA1 nella controllata ALFA (c.d. fusione inversa).

Il 31 marzo *n+1*, la stessa ALFA è stata acquistata dalla BETA S.p.A. (di seguito, BETA) che, il 31 dicembre *n+1*, l'ha incorporata assumendone la denominazione (ALFA S.p.A.).

Si rappresenta, di seguito, la catena societaria di controllo della ALFA, prima e dopo l'operazione di acquisto del 31 marzo *n+1*:

- prima dell'operazione di acquisto, la ALFA era partecipata al 90 per cento dalla ALFA U.A. e per il 10 per cento dall'azionista e amministratore delegato. La ALFA U.A. è controllata dalla *limited partnership* di diritto scozzese ALFA LP, costituita nell'anno n per iniziativa di Il *general partner* di ALFA LP è un'altra *limited partnership* di diritto scozzese, denominata ALFA2 LP, mentre i *limited partner* di ALFA LP sono investitori professionali di varia nazionalità;

- dopo l'operazione di acquisto, ALFA è controllata al 100 per cento da BETA che è stata costituita, in data 21 febbraio $n+1$, dalla società di diritto inglese BETA Limited, a sua volta controllata al 100 per cento dalla società di diritto inglese BETA 2 Limited che fa capo a un fondo d'investimento gestito da BETA LLC.

I mezzi per perfezionare l'acquisto sono derivati da apporti di capitale di rischio provenienti a BETA da BETA 2 Limited, per circa euro, e da un prestito obbligazionario emesso da BETA, per euro (il Bond BETA).

L'acquisto si è perfezionato per un corrispettivo complessivo di circa euro che, il 31 marzo 2017, BETA ha versato ai precedenti soci (ALFA UA e Rossi).

Contestualmente, BETA ha erogato un finanziamento *intercompany* a favore di ALFA per un importo di circa euro, affinché quest'ultima potesse estinguere la posizione debitoria derivante dalla precedente operazione di MLBO; estinzione che si è concretizzata alla medesima data del 31 marzo $n+1$.

L'istante precisa che i Fondi di investimento sopra menzionati (acquirente e cedente) sono terzi e autonomi tra loro posto che:

- BETA LLC non possiede alcuna partecipazione in ALFA U.A. e quest'ultima non possiede alcuna partecipazione in BETA LLC;

- nessuna delle società partecipate da BETA LLC possiede partecipazioni in società partecipate da ALFA U.A. e, viceversa, nessuna delle società

partecipate da ALFA U.A. possiede partecipazioni in società partecipate da BETA LLC;

- nessuno dei componenti dell'*investment team* di ALFA U.A. ricopre alcun ruolo in BETA LLC o risulta titolare di partecipazioni in società controllate da BETA LLC (direttamente o indirettamente o per interposta persona);

- nessuno dei componenti dell'*investment team* di BETA LLC ricopre alcun ruolo in ALFA U.A. o possiede alcuna partecipazione in società partecipate dalla stessa (direttamente o indirettamente o per interposta persona);

- la ALFA U.A. non ha re-investito in nessuna misura in BETA/ALFA;

- i soci venditori non hanno fornito alcuna garanzia ai soggetti finanziatori, né hanno fornito alcuna provvista finanziaria per effettuare l'operazione (cfr. doc. integrativa n°. 0303474 del 14 novembre 2018).

La fusione è divenuta efficace giuridicamente il 31 dicembre $n+1$ (progetto di fusione approvato il 4 ottobre $n+1$) con efficacia contabile e fiscale stabilita al 31 marzo $n+1$, ai sensi dell'articolo 172, comma 9, del TUIR.

La BETA chiede di riportare posizioni soggettive per complessivi euro, ripartite come segue:

- perdite fiscali per euro

- eccedenze di interessi passivi indeducibili per euro

- eccedenze di base Ace per euro

L'istante ne precisa la genesi, indicando che:

- le perdite sono interamente dovute a costi sostenuti per l'operazione di MLBO. In particolare, la parte di perdita maturata dalla costituzione della società fino al 31 marzo $n+1$, pari a circa euro, deriva da costi sostenuti per consulenze legali e notarili dovute per l'acquisto di ALFA, invece, la parte di perdita maturata dal 1° aprile al 31 dicembre $n+1$, pari a circa euro, è imputabile soprattutto alle spese di emissione del Bond BETA che la società ha considerato integralmente deducibili nel periodo d'imposta $n+1$ in base alla risoluzione n. 102/E del 28 luglio 2017;

- le eccedenze di interessi passivi indeducibili sono generate dagli interessi passivi maturati sul Bond BETA;

- le eccedenze di base ACE derivano integralmente dagli apporti di capitale ricevuti dalla BETA per acquistare la partecipazione in ALFA.

La ALFA chiede di riportare posizioni soggettive per complessivi euro ripartite come segue:

- perdite fiscali per euro
- eccedenze di interessi passivi indeducibili per euro
- eccedenze di base ACE riportabili pari a euro

L'istante precisa che le perdite fiscali sono interamente maturate anteriormente al 31 marzo $n+1$ e che queste:

- per euro, sono maturate nell'esercizio 1° gennaio - 31 marzo $n+1$, come risulta dalla relativa dichiarazione. Parte rilevante di queste perdite, euro, sono derivate dagli oneri straordinari connessi al rimborso anticipato (del 31 marzo $n+1$, resosi obbligatorio per effetto del cambio di controllo riscontrato in ALFA per effetto dell'operazione di MLBO in commento) delle due obbligazioni emesse nel corso dell'anno $n-1$ (di euro e di euro); la quota di perdita residua è attribuibile alla mera stagionalità dei ricavi di ALFA, che realizza le vendite prevalenti nel secondo e nell'ultimo trimestre dell'anno;

- per euro, sono perdite non compensate indicate nella dichiarazione al 31 dicembre n di ALFA, di cui euro, corrispondono a perdite che la società ha potuto riportare ad esito del perfezionamento della fusione inversa per incorporazione della società ALFA1 e a seguito di parere favorevole fornito con Interpello disapplicativo).

L'istante precisa, inoltre, che le eccedenze di interessi passivi:

- per la quota di euro, sono maturate nell'esercizio chiuso al 31 marzo 2017 e sono riferibili alle eccedenze di interessi indeducibili maturate sui due bond di euro ... ed euro ... emessi da ALFA1 nell'anno $n-1$;

- per la quota restante di euro sono maturate nel periodo dal 1° aprile al 31 dicembre $n+1$ e sono riferibili alla operazione di MLBO in commento, in quanto corrispondono a eccedenze sugli interessi maturati sul finanziamento *intercompany* erogato da BETA a ALFA subito dopo l'acquisizione.

La BETA, in quanto società di nuova costituzione, non può calcolare il *test* di vitalità per mancanza degli esercizi di riferimento e non soddisfa il limite quantitativo del patrimonio netto perché il suo patrimonio deriva dai conferimenti operati nell'anno $n+1$.

La ALFA dichiara di superare il *test* di vitalità, ma non il *test* del patrimonio netto. Infatti, considerato che la situazione patrimoniale di riferimento adottata è quella relativa al Bilancio n e che non vi sono conferimenti o versamenti effettuati negli ultimi 24 mesi, la ALFA presenta un limite pari ad euro

In merito, si evidenzia che dal bilancio n è possibile rilevare, tra le voci ideali del netto (in particolare, nelle "Altre riserve e risultati portati a nuovo"), una riserva da differenza da fusione di ammontare negativo pari a meno euro Questa riserva è stata iscritta a seguito della citata fusione inversa per incorporazione di ALFA1 in ALFA. Dai documenti allegati all'istanza e dalla nota al bilancio di esercizio n di ALFA è possibile rilevare che la differenza di annullamento tra il costo della partecipazione e la corrispondente frazione di patrimonio netto dell'entità incorporata eccedente i valori del bilancio consolidato di ALFA1 al 31 dicembre $n-1$ è stata contabilizzata quale "differenza di fusione" a diretta riduzione del patrimonio netto, in base ai principi IFRS e alle indicazioni riportate negli orientamenti preliminari Assirevi in tema di IFRS (OPI 2).

Pertanto, l'istante rappresenta che, essendosi la fusione configurata come una riorganizzazione aziendale (in quanto non ha comportato l'acquisizione di un business da terzi), nonostante ALFA sia stata identificata quale società risultante dalla fusione, la contabilizzazione ha seguito la sostanza economica della stessa;

nello specifico, i valori contabili ai quali è stata data continuità e rispetto ai quali è stata rilevata l'operazione di fusione sono stati quelli risultanti dal bilancio consolidato di ALFA1 al 31 dicembre *n-1*.

Tale modalità di contabilizzazione ha comportato l'allineamento, alla data di efficacia della fusione, del patrimonio netto risultante dal bilancio d'esercizio della società incorporante con il patrimonio netto consolidato di ALFA1 al 31 dicembre *n-1* ancorché, per alcune poste ideali del patrimonio netto, quali appunto il capitale sociale e la riserva legale, siano sopravvissuti i saldi contabili della società incorporante.

L'istante, a seguito della fusione di ALFA e BETA, intende riportare gli *asset* fiscali sopra indicati e chiede, di conseguenza, la disapplicazione della disposizione citata.

SOLUZIONE INTERPRETATIVA PROSPETTATA DAL CONTRIBUENTE

Per quanto riguarda BETA, l'istante sostiene che tutti gli *asset* fiscali trovano la loro origine nella operazione di MLBO e afferma che nel caso in cui gli *asset* fiscali derivano da una operazione di MLBO, in base alla circolare n. 6/E del 2016, per la società veicolo, il mancato rispetto dei *test* è fisiologico e le società di nuova costituzione possono comunque considerarsi "*vitali*", "*svolgendo funzioni strumentali alla realizzazione dell'operazione [...]*".

Per quanto riguarda ALFA, l'istante ritiene che il mancato superamento del *test* del patrimonio netto non è imputabile a un depotenziamento della società ma è imputabile, da un lato, all'incremento di posizioni soggettive che sono direttamente connesse alla operazione di MLBO, dall'altro lato, alla riduzione del patrimonio netto che è derivata dalla particolare tecnica di valutazione adottata per rilevare gli effetti contabili della fusione per incorporazione di ALFA1 in ALFA realizzata nell'anno *n*.

In merito a quest'ultimo aspetto, l'istante rappresenta che il decremento del patrimonio netto di ALFA da euro (valore al 31 dicembre $n-1$) a Euro (valore al 31 dicembre n) non trova origine in perdite di esercizio accumulate, ma è dovuto alla iscrizione della sopra citata riserva negativa di fusione originatasi nel 2016, e, perciò, avendo natura meramente contabile non è rappresentativo di un depotenziamento.

L'istante ritiene, inoltre, che gli *asset* fiscali maturati in capo alla *target* ALFA potranno essere compensati esclusivamente con i redditi che la stessa società sarà in grado di produrre in futuro e non con quelli della società veicolo appositamente costituita per l'acquisto, in quanto questa, per sua natura, non apporta alla combinazione economica elementi produttivi.

In ogni caso, l'istante ritiene che ALFA sarebbe stata in grado di recuperare autonomamente le perdite fiscali ed evidenzia, a supporto di questa tesi, i seguenti dati di fatturato ed EBITDA:

- nei periodi da $n-2$ a n il fatturato della società è cresciuto da ... euro a ... euro, l'EBITDA è cresciuto da ... euro a ... euro. Nell'anno $n+1$, invece, vi è una flessione nel fatturato a ... euro e nell'EBITDA a ... euro.

- per l'anno $n+2$ la società, sulla base di un *budget* previsionale che tiene conto dei soli costi che ALFA avrebbe sostenuto in assenza della fusione, prevede un fatturato pari a ... euro ed un EBITDA pari a ... euro.

Infine, l'istante osserva che non si riscontrano, nella operazione in commento, altri profili di artificiosità, "*come nel caso in cui all'effettuazione dell'operazione di LBO abbiano concorso i medesimi soggetti che, direttamente o indirettamente, controllano la società target*" (cfr. circolare n. 6/E del 2016). Infatti, prima dell'avvio dell'operazione, BETA non possedeva alcuna partecipazione in ALFA o in altre società del gruppo; e lo stesso può dirsi per BETA2 Limited e per il fondo gestito da BETA LLC che indirettamente controlla BETA, né il precedente controllante, ALFA U.A., possiede ora alcuna partecipazione in ALFA.

PARERE DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE

In via preliminare, si ricorda che esula dall'analisi condotta nel presente parere ogni valutazione o apprezzamento in merito ai valori riportati dalla Società nell'istanza, nonché la corretta determinazione e quantificazione degli interessi passivi indeducibili riportabili, delle perdite fiscali e delle eccedenze ACE dei quali si chiede la disapplicazione. In questa sede, perciò, la scrivente non si esprime sulla correttezza delle valutazioni contabili adottate a base della istanza in esame e in particolare non esprime alcuna valutazione sulla correttezza della iscrizione e quantificazione della riserva negativa nonché sul trattamento contabile delle spese di emissione del Bond BETA.

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

Sempre in via preliminare, si rappresenta che non è oggetto della presente risposta la liceità, ai sensi dell'articolo 10-*bis* della legge n. 212 del 2000, delle operazioni societarie precedentemente illustrate; in particolare, per quanto attiene ai profili di abuso dell'operazione, qualora all'effettuazione dell'operazione di MLBO abbiano concorso i medesimi soggetti che, direttamente o indirettamente, controllano la società *target*.

Per le ragioni che si andranno ad esporre, la scrivente fornisce parere positivo alla disapplicazione della normativa di contrasto alla compensazione intersoggettiva delle perdite fiscali di cui all'articolo 172, comma 7, del TUIR.

Ciò premesso, l'istante descrive un'operazione straordinaria di fusione a seguito di acquisizione con indebitamento (MLBO) regolata dall'articolo 2501-*bis* del codice civile. Con questa disposizione, il legislatore riconosce la legittimità delle operazioni di fusione attuate mediante lo sfruttamento della "leva finanziaria", ossia mediante il ricorso all'indebitamento per finanziare

l'acquisizione di un'altra società e, in particolare, all'utilizzo delle risorse finanziarie esistenti nel patrimonio della società *target*.

Dal punto di vista fiscale, come noto, in base all'articolo 172, comma 7, del TUIR, le perdite fiscali delle società partecipanti all'operazione, compresa l'incorporante, possono essere portate in diminuzione del reddito della società risultante dalla fusione, incorporante o beneficiaria:

1. per la parte del loro ammontare che non eccede quello del patrimonio netto della società che riporta le perdite, quale risulta dall'ultimo bilancio o, se inferiore, dalla situazione patrimoniale redatta ai sensi dell'articolo 2501-*quater* del codice civile, senza tener conto dei conferimenti e dei versamenti fatti negli ultimi ventiquattro mesi anteriori alla data cui si riferisce la situazione stessa, neutralizzando così i tentativi volti a consentire un pieno, quanto artificioso, recupero delle perdite fiscali;

2. allorché dal conto economico della società le cui perdite sono oggetto di riporto, relativo all'esercizio precedente a quello in cui la fusione è 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.

Lo stesso comma 7 del menzionato articolo 172 del TUIR estende l'applicazione del limite sopra indicato "*agli interessi indeducibili oggetto di riporto in avanti di cui al comma 4 dell'art. 96, 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*".

La *ratio* delle limitazioni poste dalla disposizione sopra citata è di contrastare il c.d. commercio di "bare fiscali", mediante la realizzazione di fusioni con società prive di capacità produttiva poste in essere al fine di attuare la compensazione intersoggettiva delle perdite fiscali di una società con gli utili

imponibili dell'altra, introducendo un divieto al riporto delle stesse qualora non sussistano quelle minime condizioni di vitalità economica previste dalla disposizione normativa (da ultimo, cfr. la circolare del 9 marzo 2010, n. 9/E).

In proposito, si ricorda che la disposizione in esame richiede che la società, la cui perdita si vuole riportare, sia operativa, negando, in sostanza, il diritto del riporto delle perdite se non esiste più l'attività economica cui tali perdite si riferiscono (cfr. la risoluzione n. 116/E del 24 ottobre 2006, la risoluzione n. 143/E del 10 aprile 2008 e la citata circolare n. 9/E del 2010).

In un'ottica antielusiva, i requisiti minimi di vitalità economica debbono sussistere non solo nel periodo precedente a quello in cui è stata deliberata la fusione, così come si ricava dal dato letterale, bensì debbono continuare a permanere fino al momento in cui la fusione viene attuata (cfr., tra l'altro, la citata risoluzione n. 143/E del 2008).

Nel caso di specie, in riferimento a BETA, va osservato che non ricorrono le condizioni di cui ai punti *sub 1)* e *sub 2)*.

In linea con quanto sostenuto dall'istante, si ritiene che le posizioni soggettive, di cui BETA chiede il riporto, sono tutte riferibili alla operazione di MLBO perché derivano da atti propedeutici all'acquisto della partecipazione in ALFA.

In merito al punto *sub 2)*, il c.d. test di vitalità, va rilevato che la risoluzione 29 ottobre 2002 n. 337/E, richiamata dalla circolare 30 marzo 2016, n. 6/E, ha precisato che il depotenziamento va individuato sulla base del raffronto tra parametri economici che fanno riferimento a successivi periodi storici. Occorre pertanto riscontrare se, nel caso in cui manchino oggettivamente i parametri di cui alla normativa citata, sia possibile desumere la vitalità aziendale da altri fattori. A tale riguardo, la circolare n. 6/E del 30 marzo 2016 ha precisato che la società veicolo può considerarsi "vitale", svolgendo, la stessa, funzioni strumentali alla realizzazione dell'operazione di MLBO. Si ritiene, per quanto rappresentato in istanza, che la BETA sia da qualificarsi "vitale", atteso il suo

ruolo del tutto strumentale alla realizzazione dell'operazione di MLBO, e, pertanto, si ritiene non applicabile al caso in esame il c.d. test di vitalità economica.

In merito al punto *sub* 1), si ritiene che anche il limite del patrimonio netto sia disapplicabile poiché, come chiarito dalla citata circolare n. 6/E del 30 marzo 2016, i conferimenti iniziali a favore della società veicolo possono considerarsi "fisiologici" nell'ambito della realizzazione dell'operazione di MLBO e, pertanto, non rivolti a "*consentire un pieno, quanto artificioso, recupero delle perdite fiscali*" (cfr. circolare n. 9/E del 9 marzo 2010).

Si rileva, infine, che detti conferimenti/versamenti si attestano ben oltre la somma di perdita fiscale/interessi passivi indeducibili/eccedenze di ACE di cui l'istante chiede il riporto: altro elemento, questo, che ne corrobora la natura funzionale all'operazione di MLBO.

In riferimento a ALFA, ricorrono le condizioni di cui al punto *sub* 2), ma non le condizioni di cui al punto *sub* 1).

Al riguardo, si riportano di seguito le motivazioni oggettive individuate nella documentazione inviata dall'istante che, stante la situazione di eccezionalità, consentono, nel loro complesso, di superare il limite del patrimonio netto.

I risultati negativi conseguiti dalla ALFA non sembrano tali da pregiudicarne l'operatività in quanto:

- la società presenta un organico rilevante e crescente (... unità al 31 dicembre n e ... unità al 31 dicembre $n+1$, dati di bilancio);

- i componenti negativi che hanno generato gli *asset* fiscali richiesti sono prevalentemente da riconnettere alla operazione di MLBO e non alla ordinaria operatività dell'azienda;

- a seguito della acquisizione, si è pervenuti alla estinzione delle due obbligazioni emesse nel corso dell'anno $n-1$ (di euro ... e di euro ...) in occasione del precedente MLBO;

- il valore contabile del patrimonio netto nell'anno n di riferimento per la fusione, pari ad euro, discende dalle richiamate esigenze di rappresentazione contabile che emergono in ambito IAS;

- la partecipazione in ALFA è stata acquistata, il 31 marzo $n+1$, per un prezzo di circa ... euro, valore ben superiore agli *asset* fiscali di cui si chiede il riporto.

Tutto ciò considerato, si rileva che l'operazione di aggregazione aziendale non rappresenta l'epilogo di una manovra elusiva finalizzata all'indebito utilizzo - da parte del soggetto risultante dall'operazione - di perdite fiscali, interessi passivi ed eccedenze di ACE, maturati da società, partecipanti alla fusione, la cui attività economica sia ormai inesistente.

In merito, giova anche osservare che, nel caso specifico, non si riscontra la possibilità che l'operazione di fusione integri una compensazione intersoggettiva delle perdite fiscali pregresse o degli interessi passivi riportabili dalla ALFA con i redditi o il ROL della BETA incorporata, poiché quest'ultima presenta parimenti perdite fiscali e non ha ROL.

In conclusione, per quanto esposto, si ritiene che nella fattispecie oggetto della istanza in esame, possa essere disapplicato il comma 7 dell'articolo 172 del TUIR.

Il presente parere viene reso sulla base degli elementi e dei documenti presentati, assunti acriticamente così come illustrati nell'istanza di interpello, nel presupposto della loro veridicità e concreta attuazione del contenuto.

Il parere non si estende, inoltre, alla valutazione degli ulteriori fatti, atti e negozi suscettibili di controllo nelle competenti sedi (come, ad esempio, tutti gli atti relativi ai precedenti MLBO; eventuali patti parasociali riguardanti tra l'altro gli *ex* soci e l'attuale rappresentate legale "*pro tempore*" volti a mantenere una posizione dominante nella società, la fase di *exit* dall'investimento del Fondo anche tramite le loro società partecipate direttamente e indirettamente; la distribuzione dei dividendi da parte dei soggetti coinvolti; la riqualificazione

delle operazioni di finanziamento in apporti di capitale), aspetti in relazione ai quali si rinvia alle indicazioni contenute nella circolare n. 6/E del 30 marzo 2016 e, in ogni caso, degli aspetti sui quali non è stato chiesto un parere alla Scrivente (compresa l'applicazione/elusione di disposizioni fiscali riguardanti l'agevolazione c.d. ACE).

IL DIRETTORE CENTRALE ad interim

(firmato digitalmente)