

Risposta n. 57

OGGETTO: Articolo 172, comma 7, del TUIR - Disapplicazione della normativa di contrasto alla compensazione intersoggettiva delle perdite fiscali, in caso di fusione societaria a seguito di acquisizione con indebitamento (MLBO).

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

QUESITO

La società istante, ALFA S.R.L., con sede legale a ... ("Alfa", ovvero la "Società"), rappresenta di svolgere l'attività di produzione e commercio di

Attraverso la stipula di un contratto di *project financing* con le banche ("Istituti Finanziatori"), l'istante ha realizzato: i) un impianto in località ...; ii) nonché un impianto in località ... con l'obiettivo di sviluppare diverse iniziative nel settore

L'istante svolge l'attività anche in forza delle relative concessioni demaniali rilasciate da

In data ..., GAMMA SGR S.p.A. nell'interesse del FIA immobiliare Delta ("Fondo"), ha costituito la società BETA S.r.l., con sede legale in ..., codice fiscale ..., capitale sociale iniziale pari a Euro ... ("Beta").

Il Fondo, quindi, ha dotato Beta delle risorse finanziarie necessarie per l'acquisizione di Alfa mediante l'erogazione di un finanziamento soci d'importo pari a Euro ... e, in data ..., Beta ha perfezionato l'operazione di acquisizione di Alfa dai

precedenti soci della stessa, che l'istante afferma essere soggetti terzi economicamente indipendenti.

Secondo quanto rappresentato in sede di documentazione integrativa (prot. R.U. n. ...) il prezzo di acquisizione da parte di Beta delle quote di partecipazione in Alfa è stato pattuito in Euro Tale importo, allineato alla media dei valori di mercato, è stato determinato sulla base di relazione di stima e report di valutazione redatti in data ... dalla società Epsilon S.p.A., esperto indipendente.

Per effetto dell'intervenuta acquisizione, prosegue l'istante, si è verificato un effettivo cambio di controllo (c.d. "*change of control*") della Società, passata nella titolarità esclusiva di Beta che fino a quel momento non aveva mai avuto alcun rapporto partecipativo con la stessa ovvero con la precedente compagine sociale di Alfa.

Nel corso del mese di ..., le Società hanno avviato il processo di fusione inversa per incorporazione della controllante totalitaria Beta nella controllata Alfa, nel rispetto delle previsioni di cui all'articolo 2501-*bis* del codice civile, rubricato "fusione a seguito di acquisizione con indebitamento".

In data ..., gli organi amministrativi delle due Società hanno approvato il progetto comune di fusione, riportante in allegato lo statuto dell'incorporante Alfa *post* fusione, il riassunto del piano economico e finanziario di Beta volto a evidenziare le risorse finanziarie previste per il soddisfacimento delle obbligazioni della società risultante dalla fusione e la relazione del soggetto incaricato della revisione legale di Alfa. Gli organi amministrativi di Beta e Alfa hanno poi approvato le rispettive relazioni di cui agli articoli 2501-*bis*, comma 3 e 2501-*quinquies* del codice civile.

In data ..., l'esperto dott. Tizio, nominato da Beta e Alfa quale esperto comune ai sensi degli articoli 2501-*bis*, comma 4, e 2501-*sexies* del codice civile, ha attestato la ragionevolezza delle indicazioni contenute nel progetto di fusione relativamente alle risorse finanziarie previste per il soddisfacimento delle obbligazioni della società risultante dalla fusione.

In data ..., le assemblee dei soci di Beta e Alfa hanno deliberato l'approvazione della fusione.

In data ..., Beta e Alfa hanno sottoscritto l'atto di fusione inversa di Beta in Alfa. Gli effetti giuridici della fusione sono decorsi dal ..., mentre quelli contabili e fiscali sono stati retrodatati al

Secondo quanto riportato in istanza, alla data di efficacia della fusione Alfa ha conseguito perdite fiscali pari a Euro ..., interessi passivi non dedotti pari a Euro ... ed eccedenze ACE pari a Euro

Alla medesima data, Beta ha conseguito perdite fiscali pari a Euro ... (di cui Euro ... riferibili al periodo fiscale chiuso al ... ed Euro ... riferibili al periodo fiscale dal ... al ...).

Stante il mancato possesso dei requisiti previsti dall'articolo 172, comma 7, del TUIR da parte di entrambe le società - Beta è una società neocostituita e non supera né il limite quantitativo né il test di vitalità economica; Alfa non supera il test di vitalità economica in quanto non ha costi del personale (*cf.* allegato n. 4 alla documentazione integrativa) - l'applicazione della citata disposizione determinerebbe l'impossibilità per la società incorporante Alfa di riportare i suddetti interessi passivi, perdite fiscali ed eccedenze ACE.

Cionondimeno, afferma l'istante, nel caso specifico e concreto non si è verificato alcun comportamento elusivo finalizzato al commercio di società prive di operatività (c.d. "bare fiscali"), ma la mera applicazione della disposizione prevista dall'articolo 2501-*bis* del codice civile per le c.d. "fusioni a seguito di acquisizione con indebitamento". Tanto sarebbe chiaramente desumibile dai documenti predisposti da Beta e Alfa ai fini dell'implementazione della fusione.

Al riguardo, l'istante richiama quanto chiarito ad opera della Circolare n. 6/E del 30 marzo 2016 (paragrafo 2.2) in tema di operazioni di MLBO, le quali vedono nella fusione (anche inversa) il logico epilogo dell'acquisizione mediante indebitamento, necessario anche a garantire il rientro, per i creditori, dell'esposizione debitoria.

Alla luce di quanto sopra, la società istante presenta interpello ai sensi dell'articolo 11, comma 2, della Legge n. 212 del 2000, chiedendo la disapplicazione delle disposizioni antielusive di cui all'articolo 172, comma 7, del TUIR, relativamente:

- all'eccedenza di interessi passivi di Euro ..., alle perdite fiscali di Euro ... e all'eccedenza di ACE di Euro ... conseguiti dalla stessa Alfa in data antecedente al ..., permettendo alla stessa l'utilizzo della propria posizione fiscale ordinaria derivante dallo svolgimento dell'attività corrente;

- alle perdite fiscali di Euro ... conseguite da Beta dal ... (data di costituzione) al ... (data di efficacia giuridica della fusione).

SOLUZIONE INTERPRETATIVA PROSPETTATA DAL CONTRIBUENTE

L'istante evidenzia come la descritta fusione rientri, sotto il profilo civilistico, nella fattispecie contemplata dall'articolo 2501-*bis* del codice civile, rubricato "fusione a seguito di acquisizione con indebitamento" e sia stata posta in essere nel rispetto dei criteri dettati da tale disposizione.

In particolare, la concatenazione negoziale sopra illustrata (ovvero l'acquisizione di Alfa attraverso Beta, l'effettivo cambio di controllo di Alfa e la successiva fusione inversa) rappresenta una tecnica operativa largamente utilizzata dai fondi di investimento, tale per cui si afferma che nessun comportamento elusivo potrebbe essere ipotizzato al riguardo.

L'operazione di fusione - come si evince dalla lettura della relazione dell'organo amministrativo della società Alfa al progetto di fusione, redatta ai sensi degli articoli 2501-*bis*, comma 3 e 2501-*quinques* del codice civile - si è inserita nell'ambito di un più ampio progetto di crescita e di razionalizzazione societaria, con l'ingresso nella compagine sociale di un socio istituzionale (Fondo Delta), in grado di apportare specifiche competenze in materia finanziaria e gestionale, tali da aiutare fattivamente

la Società nel suo processo di crescita, sia interno che eventualmente esterno.

L'istante, all'esito di un dettagliato *excursus* inerente i principali documenti di prassi pubblicati in tema di MLBO, afferma che, nel caso di specie, non si possono verificare quegli effetti che la norma antielusiva speciale intende contrastare, tenuto conto che:

1) la fusione rappresenta il logico epilogo della stessa operazione di *leveraged buy-out* necessaria al fine di garantire il rientro dell'esposizione debitoria degli istituti creditori, poiché, per effetto della fusione, il debito assunto da Beta è confluito direttamente nella sfera giuridica del soggetto economico (*i.e.* Alfa) che fin dall'inizio era stato individuato quale fonte generatrice delle risorse finanziarie necessarie per il rimborso di detto finanziamento;

2) la predetta operazione presenta i requisiti di ragionevolezza previsti dall'articolo 2501-*bis* del codice civile e attestati secondo quanto disposto dal medesimo articolo;

3) le perdite fiscali, gli interessi passivi e l'eccedenza ACE di Alfa afferiscono all'attività corrente esercitata dalla stessa società (la cui operatività/vitalità non può essere messa in discussione) e, nello specifico, trattasi: (i) degli interessi passivi non dedotti in passato e maturati sul *project financing* stipulato nel 2016 con il *pool* di Istituti Finanziatori per costruire in economia gli impianti; (ii) delle perdite fiscali pregresse dovute al sostenimento di ordinari costi operativi relativi all'attività caratteristica, quali a titolo esemplificativo costi per prestazioni di terzi, spese telefoniche-fax-internet, utenze, canoni di assistenza periodica agli impianti, consulenze legali, tecniche e amministrative, i servizi di vigilanza e premi assicurativi; (iii) dell'eccedenza ACE dovuta alle precedenti capitalizzazioni della società;

4) il mancato sostenimento di costi del personale da parte di Alfa non può essere considerato sintomo di scarsa vitalità aziendale stante l'evidente intensità dell'attività economica svolta che ha contribuito, nel corso dell'ultimo esercizio, a un innalzamento dei ricavi così come del volume d'affari complessivo della società. Dall'esame dei

bilanci d'esercizio è, infatti, chiaramente rinvenibile la vitalità di Alfa che risulterebbe testimoniata tra l'altro: i) dai suoi ricavi caratteristici derivanti dalla vendita di energia elettrica riferibili agli impianti di ... e ... e ai suoi ricavi non finanziari, costituiti prevalentemente dai contributi in conto esercizio corrisposti dal ...; ii) dai vari costi per servizi così come dagli oneri diversi di gestione sostenuti negli esercizi nonché per l'appunto dal rapporto debitorio di *project financing* in essere con gli Istituti Finanziatori.

In proposito, viene richiamata la risoluzione n. 337/E del 2002, con cui è stato chiarito che, nei casi in cui la mancanza di costi di lavoro dipendente è connaturata alle caratteristiche stesse della società che ha maturato le perdite e/o le eccedenze di interessi passivi o di ACE, può essere fornita comunque la prova di vitalità della società cui si riferiscono dette poste, in quanto l'assenza di tali costi in bilancio può non costituire di per sé sintomo di scarsa vitalità aziendale;

5) le perdite fiscali pregresse di Beta, di cui Alfa chiede il riporto, sono esclusivamente afferenti alle spese correnti sostenute dalla medesima Beta per l'acquisizione di Alfa mediante MLBO;

6) i versamenti effettuati dal Fondo a Beta, tra la sua costituzione e la data di efficacia della fusione (...), non possono soggiacere alla normativa antielusiva di cui al citato articolo 172, comma 7, del TUIR (ovvero al limite del patrimonio netto risultante dall'ultima situazione patrimoniale di Beta, decurtato dai conferimenti degli ultimi 24 mesi), posto che sono stati effettuati al solo fine della costituzione di Beta e non per permettere la riportabilità delle perdite fiscali. Come chiarito dalla citata circolare n. 6/E del 2016, infatti, i conferimenti iniziali a favore della società veicolo possano considerarsi "fisiologici" nell'ambito della realizzazione di un'operazione di MLBO e, pertanto, non rivolti a consentire un pieno, quanto artificioso, recupero delle perdite fiscali;

7) il c.d. *vitality test* di cui al medesimo comma 7 non può trovare applicazione in capo a Beta, posto che trattasi di società neocostituita, che non ha mai avuto

dipendenti e che non ha mai realizzato ricavi, a causa del limitato periodo di operatività e del fatto che Alfa non ha distribuito dividendi a Beta nel periodo compreso tra il ... (i.e. data di acquisizione da parte di Beta del 100% delle quote di Alfa) e la data di efficacia della fusione. Non è pertanto possibile eseguire nessun raffronto con gli esercizi precedenti, né è possibile configurare un depotenziamento dell'attività operativa: anche in questo caso, si richiama la citata circolare n. 6/E del 2016, in cui si afferma che la società veicolo possa considerarsi "vitale", svolgendo funzioni strumentali alla realizzazione dell'operazione di MLBO.

Alla luce di tutto quanto sopra l'istante, considerato che la finalità dell'articolo 172, comma 7, del TUIR è quella di evitare il commercio delle bare fiscali, ritiene evidente che nel caso di specie tale circostanza non ricorra e che pertanto la medesima disposizione debba essere disapplicata, consentendo il riporto delle posizioni soggettive di cui al quesito.

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 nell'istanza, nonché alla corretta determinazione e quantificazione delle posizioni soggettive (perdite fiscali, interessi passivi indeducibili ed eccedenze ACE) in riferimento a cui si chiede la disapplicazione.

Esula, inoltre, dal presente parere ogni valutazione relativa all'effettivo collegamento dell'attività svolta da parte dell'istante nel territorio ... in cui risulta la sede legale dell'istante.

Sulle predette circostanze resta, pertanto, impregiudicato qualsiasi potere di controllo da parte dell'amministrazione finanziaria.

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,

dell'operazione societaria rappresentata.

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.

In materia di fusioni, si ricorda che, in base all'articolo 172, comma 7, del TUIR, le perdite fiscali delle società partecipanti all'operazione, compresa la società incorporante, possono essere portate in diminuzione del reddito della società incorporante o risultante dalla fusione:

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.

Tali limitazioni, per espressa previsione del medesimo comma 7, si applicano anche agli interessi indeducibili oggetto di riporto in avanti, di cui al comma 5 dell'articolo 96 del TUIR, 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 dall'articolo 172, comma 7, del TUIR 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 i redditi imponibili dell'altra, introducendo un divieto al riporto delle stesse qualora non sussistano quelle minime condizioni di vitalità economica previste dalla disposizione normativa (*cf.* la circolare n. 9/E del 9 marzo 2010).

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 al riporto delle perdite se non esiste più l'attività economica cui tali perdite si riferiscono (*cf.* risoluzione n. 116/E del 24 ottobre 2006, 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 devono continuare a permanere fino al momento in cui la fusione viene attuata (*cf.* la citata risoluzione n. 143/E del 2008).

Con riferimento al caso di specie, si osserva che l'operazione straordinaria descritta dall'istante costituisce una fusione a seguito di acquisizione con indebitamento (MLBO), regolata dall'articolo 2501-*bis* del codice civile.

Le disposizioni contenute nel comma 7 dell'articolo 172 del TUIR, esaminate con riferimento alla posizione della società incorporante (Alfa), non consentirebbero l'integrale riporto delle posizioni soggettive maturate (nella specie, perdite fiscali pregresse, eccedenze di interessi passivi ed eccedenze ACE), atteso che la società medesima, pur rispettando il limite del patrimonio netto, non soddisfa i requisiti di vitalità economica previsti dal medesimo comma 7, in quanto priva di spese per lavoro dipendente.

Più in particolare, si evince dai prospetti prodotti dall'istante in relazione ai c.d. "indici di vitalità", sia con riguardo all'esercizio antecedente quello di efficacia giuridica della fusione che relativamente al periodo "interinale", che:

- l'ammontare dei ricavi e dei proventi dell'attività caratteristica relativi ai

predetti periodi - rispettivamente, euro ... ed euro ... (importo ragguagliato ad anno) - risulta superiore al 40 per cento della media dei medesimi valori del biennio precedente (rispettivamente, euro ... ed euro ...);

- l'ammontare delle spese per prestazioni di lavoro subordinato e relativi contributi risulta, in ognuno dei periodi di riferimento, pari a zero.

Dalla situazione patrimoniale di riferimento - stato patrimoniale del bilancio di Alfa relativo all'esercizio chiuso il ..., in quanto inferiore al dato riportato nella situazione patrimoniale di fusione ai sensi dell'articolo 2501-*quater* del codice civile (euro ...) - risulta un ammontare del patrimonio netto di euro ..., superiore rispetto all'ammontare delle perdite fiscali pregresse, delle eccedenze di interessi passivi e delle eccedenze ACE riportabili di pertinenza della medesima società incorporante, quantificate dall'istante in complessivi euro ... (nello specifico, perdite fiscali di euro ..., eccedenze di interessi passivi di euro ... ed eccedenze ACE di euro ...).

Nel caso in esame, dunque, emerge dai dati contabili di Alfa che la stessa non soddisfa i requisiti di cui al citato comma 7 dell'articolo 172 unicamente in ragione dell'assenza di spese per il personale, mentre gli altri parametri di vitalità, nonché il limite del patrimonio netto, risultano rispettati. Detta assenza, inoltre, secondo quanto riportato costituisce una costante riscontrabile nei bilanci al 31 dicembre 2015, 2016, 2017 e nella situazione ante fusione del

Ciò posto, in base alle risultanze dei bilanci relativi agli esercizi che hanno preceduto la data di efficacia giuridica della fusione, l'attività d'impresa svolta dalla società incorporata non sembra aver subito un depotenziamento; ciò si evince in particolare:

- dalla serie storica dei ricavi della gestione caratteristica, pari a euro ... al 31 dicembre 2015, euro ... al 31 dicembre 2016, euro ... al 31 dicembre 2017 ed euro ... nel periodo "interinale";

- dalla composizione qualitativa e quantitativa dell'attivo patrimoniale al 31 dicembre 2017, prevalentemente investito in immobilizzazioni materiali (euro ..., su un

totale attivo di euro ...); inoltre, il prospetto allegato all'istanza evidenzia una situazione analoga anche al ..., con una prevalenza delle immobilizzazioni materiali (euro ...) rispetto alle altre componenti attive (crediti e liquidità, complessivamente pari a euro ..., oltre risconti attivi per euro ...);

- dalla rilevazione di costi per servizi, quantificati in euro ... al 31 dicembre 2016, euro ... al 31 dicembre 2017 ed euro ... al ...; sulla base delle fatture di acquisto prodotte dall'istante in riferimento alle annualità 2017 e 2018, emerge che afferiscono a tale voce, tra le altre, le spese relative ai contratti di "*facility management*", stipulati con la società Zeta S.r.l. in relazione agli impianti di ... e ..., nonché le spese relative ai servizi di vigilanza degli impianti suddetti.

Per quanto riguarda la società incorporata (Beta), si osserva che, anche in riferimento a quest'ultima, l'applicazione delle disposizioni di cui al comma 7 dell'articolo 172 del TUIR non consentirebbe il riporto delle posizioni soggettive maturate (nella specie, perdite fiscali per euro ...).

In particolare, Beta è stata costituita in data ..., quale veicolo per la realizzazione dell'operazione di MLBO in parola, ragion per cui non presenta, ante fusione, né i componenti di reddito previsti dalla norma ai fini della verifica della vitalità economica, né gli esercizi sociali di riferimento.

Inoltre, con riguardo al limite del patrimonio netto, la sterilizzazione dei conferimenti e versamenti effettuati nei 24 mesi precedenti la fusione, come richiesto dalla disposizione normativa in parola, determinerebbe l'azzeramento del patrimonio netto di Beta, stante la natura di società neocostituita della medesima.

In proposito, la circolare n. 6/E del 30 marzo 2016 ha chiarito che nelle operazioni di MLBO la società veicolo può considerarsi "vitale", svolgendo, la stessa, funzioni strumentali alla realizzazione dell'operazione medesima. Inoltre, detta circolare ha precisato che i conferimenti iniziali a favore della società veicolo possono considerarsi "fisiologici" nell'ambito della realizzazione di un'operazione di MLBO e, pertanto, non rivolti a *consentire un pieno, quanto artificioso, recupero delle perdite*

fiscali.

Nel caso in esame, le perdite fiscali di Beta di cui si chiede il riporto (euro ...), in linea con quanto sostenuto dall'istante, appaiono integralmente riferibili all'operazione di MLBO, considerato che - a fronte di una pressoché totale assenza di ricavi e altri proventi - Beta risulta aver sostenuto costi per servizi per euro ... al 31 dicembre 2017 e per euro ... al ..., costituiti quasi integralmente da spese legali e notarili e da consulenze amministrative e fiscali.

Alla luce di tutto quanto sopra, sulla base delle informazioni fornite dall'istante e della documentazione esaminata, la scrivente ritiene che siano stati forniti elementi sufficienti a escludere che le società partecipanti all'operazione rappresentata (Alfa e Beta) possano essere qualificate come "bare fiscali".

Pertanto, nel caso di specie si esprime parere positivo alla disapplicazione delle disposizioni contenute nell'articolo 172, comma 7, del TUIR, con riferimento alle posizioni soggettive di Alfa e di Beta richieste in istanza.

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 DIRETTORE CENTRALE

(firmato digitalmente)