

Risposta n. 101

OGGETTO: Articolo 172, comma 7 del TUIR di cui al d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 - Disapplicazione in ipotesi di mancato superamento del test di vitalità

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

QUESITO

La società istante ALFA svolge *"attività di compravendita immobiliare nonché di amministrazione e gestione di immobili"* ed è proprietaria di un centro commerciale denominato "...", situato nel Comune di ..., che ospita diversi negozi e un parcheggio coperto.

L'istante rappresenta che, tra il mese di ... e il mese di ... 2018, la società BETA, costituita nel mese di ... 2017, ha acquistato la partecipazione totalitaria (100%) in ALFA per un corrispettivo complessivamente determinato in euro ... dai seguenti soggetti: HB, MM, WB, TIZIO, CAIO e MB.

L'operazione d'acquisto è stata finanziata dalla società capogruppo lussemburghese BETA HOLDCO, socio unico di BETA, mediante un versamento in conto capitale di euro ... e un finanziamento fruttifero di euro

Pertanto, in seguito alla suddetta acquisizione, l'assetto societario risultava il seguente: la società BETA HOLDCO deteneva il 100% della società BETA, che, a sua

volta, deteneva il 100% della società istante (ALFA).

In data ... 2018, i consigli di amministrazione della società istante e di BETA hanno predisposto il progetto di fusione inversa, poi approvato dalle rispettive assemblee in data ... 2018, con cui la società controllante (BETA) è stata incorporata nella società controllata (ALFA) attraverso un'operazione di MLBO ai sensi dell'articolo 2501-*bis* del codice civile.

In particolare, l'istante afferma che è stato scelto di procedere ad effettuare la fusione inversa di BETA (controllante-incorporata) nella società ALFA (controllata-incorporante) *"in quanto quest'ultima era titolare del compendio immobiliare, parte nei rapporti contrattuali con i clienti ed i fornitori relativamente alla gestione del centro commerciale, nonché titolare delle autorizzazioni e delle licenze amministrative relative alle attività commerciali svolte all'interno del centro commerciale, la cui voltura avrebbe comportato un aggravio di adempimenti burocratici ed amministrativi"*.

La fusione ha prodotto effetti civilistici, contabili e fiscali a decorrere dal ... 2018.

In seguito all'operazione di fusione, la struttura societaria del gruppo risulta essere la seguente: la società lussemburghese BETA HOLDCO detiene il 100% della società istante (ALFA).

Alla data di effettuazione dell'operazione di fusione, la società incorporante e la società incorporata *"avevano in essere le seguenti posizioni soggettive"*:

- ALFA (incorporante): perdite fiscali per euro ..., interessi passivi indeducibili per euro ... e eccedenze ACE per euro ...;

- BETA (incorporata): perdite fiscali per euro ..., interessi passivi indeducibili per euro ... e eccedenze ACE per euro

Con riferimento ai limiti stabiliti dall'articolo 172, comma 7, del TUIR - ovvero al cosiddetto *"test di vitalità"* ed al limite del patrimonio netto - ai fini del riporto in capo alla società istante delle posizioni soggettive sopra indicate, l'istante precisa

quanto segue:

1) per quanto riguarda BETA, il *test* di vitalità non poteva essere effettuato essendo stata costituita in data ... 2017 e *"mancando quindi i periodi di imposta precedenti all'operazione utili ai fini del raffronto"*; il patrimonio netto della medesima società risultante dal bilancio chiuso il 31 dicembre 2017 ammontava ad euro ... e veniva interamente "rettificato" *"in quanto oggetto di conferimento avvenuto nei 24 mesi antecedenti"*;

2) per quanto riguarda la società istante (ALFA), il *test* di vitalità risultava soddisfatto per il periodo d'imposta 2017 (antecedente a quello di effettuazione dell'operazione), mentre per il periodo d'imposta 2018 il *test* risultava soddisfatto soltanto in relazione ai ricavi, ma non in relazione ai costi di lavoro subordinato; il patrimonio netto della medesima società risultante dal bilancio chiuso il 31 dicembre 2017 ammontava ad euro ... , a fronte di posizioni soggettive pari a complessivi euro ...

Ad esito dei *test* di vitalità e della verifica del limite del patrimonio netto, le posizioni soggettive della società incorporante e della società incorporata esistenti alla data di effettuazione della fusione risultano non riportabili nei periodi d'imposta successivi per i seguenti importi:

- euro ... relativamente a BETA (controllante-incorporata);
- euro ... relativamente alla società istante (controllata-incorporante).

Con documentazione integrativa pervenuta alla scrivente in data ... (acquisita con protocollo n. ...), l'istante ha precisato, ulteriormente, che:

- in data ... 2018, BETA ha acquistato il 99% del capitale sociale di ALFA *"per un prezzo provvisoriamente stabilito tra le parti in euro ..."*; successivamente, *"a ... 2018 le parti hanno fissato il prezzo in misura definitiva pari ad euro ..."*;
- in data ... 2018, BETA ha acquistato il restante 1% del capitale sociale di ALFA, il cui prezzo *"stabilito e versato ammonta ad euro ..."*;
- non è *"a conoscenza di alcun collegamento tra i componenti della"*

compagine sociale di ALFA prima della cessione delle partecipazioni alla BETA e i componenti della compagine sociale di BETA HOLDCO";

- dalle informazioni ricevute dal fornitore di servizi GAMMA, *"in media, le unità impiegate nell'ambito del contratto di servizi con ALFA è pari a ..."*;
- ALFA e GAMMA *"non sono riconducibili allo stesso gruppo economico"*

.Considerato tutto quanto sopra riportato, la società istante chiede la disapplicazione delle disposizioni di cui all'articolo 172, comma 7, del TUIR.

SOLUZIONE INTERPRETATIVA PROSPETTATA DAL CONTRIBUENTE

La società istante ritiene che, nel proprio caso specifico, la norma antielusiva che limita il riporto delle perdite, degli interessi passivi indeducibili e delle eccedenze ACE nelle operazioni di fusione debba essere disapplicata, in quanto la fattispecie concreta è caratterizzata dall'assenza dell'intento elusivo contrastato dal legislatore per i motivi di seguito illustrati.

Come anticipato dal contribuente, con riferimento al periodo d'imposta antecedente la fusione (2017), il *test* di vitalità risultava ampiamente soddisfatto. Infatti, a fronte di ricavi realizzati nel 2017 per circa euro ... , il 40% della media dei due esercizi precedenti ammontava a circa euro ...; così anche le spese per lavoro subordinato pari a circa euro ... nel 2017 a fronte del 40% della media dei due esercizi precedenti di circa euro

Per quanto riguarda il periodo d'imposta 2018 (di effettuazione dell'operazione di fusione), il *test* risultava essere ancora ampiamente soddisfatto in relazione ai ricavi pari a circa euro ... (ragguagliati ad anno) a fronte del 40% della media 2016-2017 di circa euro ... ; tuttavia, le spese per lavoro subordinato risultavano, invece, inferiori al 40% della media dei due esercizi precedenti. Tale ultima circostanza era dovuta alla scelta operata dall'organo amministrativo della società istante di esternalizzare tutti i servizi di gestione tecnica e commerciale degli immobili allo scopo di perseguire una

maggior flessibilità produttiva nonché una riduzione dei costi fissi.

A tal fine, in data ... 2018 la società istante sottoscriveva con la società GAMMA un contratto di cessione di ramo d'azienda con cui venivano trasferiti la totalità dei dipendenti, le attrezzature, i *software* ed alcuni contratti relativi alla gestione tecnica ed amministrativa del centro commerciale.

Quasi contestualmente, in data ... 2018, ALFA e GAMMA sottoscrivevano un contratto con cui quest'ultima si impegnava a svolgere nei confronti della società istante i servizi tecnici, commerciali ed amministrativi, afferenti la gestione del centro commerciale.

Di fatto, a seguito della suddetta esternalizzazione, le spese per il personale dipendente venivano ad essere assorbite dalle spese per servizi rese da GAMMA. Laddove alle spese per il personale dipendente sostenute sino a ... 2018 venissero aggiunte le spese per servizi sostenute nei confronti di GAMMA, il *test* di vitalità risulterebbe pienamente superato.

Alla luce di quanto sopra riportato, risulterebbe evidente, a parere dell'istante, che nel corso dell'esercizio 2018 la società stessa *"non abbia affatto depotenziato né ridotto la propria attività"*.

Al contrario, come dimostra l'incremento dei ricavi rilevato nel corso dello stesso anno (2018), l'attività veniva ulteriormente sviluppata; infatti, tra il mese di ... 2017 e il mese di ... 2018, ALFA sottoscriveva quattro nuovi contratti di locazione.

Con riferimento al limite patrimoniale, il patrimonio netto della società istante al 31 dicembre 2017 risultava essere pari a euro ... , a fronte di un ammontare complessivo di posizioni soggettive di euro Conseguentemente, le posizioni soggettive esistenti alla data di effettuazione dell'operazione non risulterebbero riportabili per euro

Al riguardo, l'istante precisa che l'ammontare del patrimonio netto risultante dal bilancio chiuso il 31 dicembre 2017 è stato influenzato negativamente dalla iscrizione a conto economico di oneri di natura non ricorrente; si tratta, in particolare, di

"accantonamenti stanziati in bilancio ai soli fini civilistici per interventi di manutenzione" per un importo di euro Detti accantonamenti si sono resi necessari in seguito a sopralluoghi tecnici effettuati nel corso del 2017 da cui è emersa la necessità di effettuare importanti interventi di risanamento ed impermeabilizzazione del parcheggio del centro commerciale.

Tali accantonamenti, transitando a conto economico, hanno ridotto l'utile dell'esercizio 2017 e conseguentemente l'ammontare del patrimonio netto; in assenza di detti accantonamenti, il patrimonio netto al 31 dicembre 2017 sarebbe stato pari a euro ... e, quindi, ampiamente capiente ai fini del riporto di tutte le posizioni soggettive esistenti in capo alla società istante.

Con riferimento alla società incorporata BETA, l'istante ribadisce che la medesima *"era una società holding costituita nel ... 2017, e pertanto "priva" di patrimonio netto ai fini del riporto delle posizioni soggettive in essere al momento della fusione"*; inoltre, la predetta società non soddisfaceva il *test* di vitalità.

Nella fattispecie oggetto di interpello, asserisce l'istante, *"tutte le posizioni soggettive in essere alla data di effettuazione della fusione trovano la loro origine nell'operazione di MLBO"*; conseguentemente, alla luce di quanto chiarito dall'Agenzia delle entrate con la circolare n. 6/E del 30 marzo 2016, nella specie ricorrerebbero le condizioni per la disapplicazione dei limiti di cui all'articolo 172, comma 7, del TUIR.

Infine, l'istante afferma che l'operazione prospettata sarebbe *"altresì supportata da valide ragioni economiche"*. In particolare, l'operazione di fusione avrebbe consentito di raggiungere i seguenti obiettivi:

- *"la razionalizzazione e semplificazione della struttura societaria nonché l'ottimizzazione della struttura finanziaria in capo alla società incorporante-controllata, la quale sarà in grado di generare mediante l'attività operativa flussi finanziari adeguati per fare fronte agli impegni finanziari assunti"*;- *"l'ottimizzazione della struttura operativa e manageriale mediante il processo di integrazione delle*

attività operative, amministrative, finanziarie e societarie delle due entità".

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, nelle memorie integrative e nei relativi allegati, nonché la corretta determinazione e quantificazione delle perdite fiscali, degli interessi passivi indeducibili e delle eccedenze ACE di ALFA e di BETA, di cui si chiede la disapplicazione.

Con particolare riferimento, inoltre, agli interessi passivi corrisposti da BETA alla società controllante lussemburghese BETA HOLDCO, che hanno originato in capo alla società incorporata (BETA) alcune delle posizioni soggettive (*i.e.* interessi passivi indeducibili e perdite fiscali) di cui si chiede il riporto in capo alla società incorporante (ALFA), rimangono ferme le indicazioni fornite dalla scrivente con la circolare n. 6/E del 30 marzo 2016, paragrafo 3.3, relativamente ai finanziamenti erogati da parte di soci esteri (*c.d. shareholder loan*); resta, pertanto, impregiudicato ogni potere di controllo da parte dell'amministrazione finanziaria volto ad accertare la corretta qualificazione e quantificazione dei predetti componenti reddituali.

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. A tal fine, rimane fermo ogni potere di controllo da parte dell'amministrazione finanziaria del collegamento diretto o indiretto e in tutto o in parte del soggetto acquirente (BETA HOLDCO) con i soggetti cedenti HB, MM, WB, TIZIO, CAIO e MB.

Con specifico riferimento all'operazione di fusione singolarmente considerata, la scrivente fornisce parere positivo alla disapplicazione della normativa di contrasto alla compensazione intersoggettiva delle perdite fiscali, degli interessi passivi indeducibili e delle eccedenze ACE 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 (nonché gli interessi passivi indeducibili e le eccedenze ACE) 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.

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 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 (*cf.* 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 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).

Esaminate con riferimento alla posizione della società incorporante (ALFA), le disposizioni in argomento non consentirebbero il riporto delle perdite fiscali pregresse, degli interessi passivi indeducibili e delle eccedenze ACE, atteso che la società medesima non soddisfa i requisiti di "vitalità economica" previsti dal comma 7 dell'articolo 172 sopra citato, oltre a non rispettare il "limite patrimoniale" sancito dalla stessa norma.

Più in particolare, come si evince dai prospetti riportati dal contribuente, i c.d. "indici di vitalità" risultano rispettati relativamente all'esercizio antecedente quello di efficacia giuridica della fusione (2017, raffrontato con il biennio 2015-2016) ma non relativamente al periodo "interinale", in quanto, con riferimento a quest'ultimo periodo (2018), mentre l'ammontare dei ricavi e dei proventi dell'attività caratteristica - euro ... (importo ragguagliato ad anno) - risulta superiore al 40% della media dei medesimi valori del biennio precedente (euro ...), l'ammontare delle spese per prestazioni di lavoro subordinato e relativi contributi rilevato nel conto economico di ALFA (euro ... , ragguagliato ad anno) risulta inferiore al 40% di quello derivante dalla media degli ultimi due esercizi anteriori (euro ...).

Tale ultima circostanza è dovuta, asserisce l'istante, alla scelta operata dall'organo amministrativo di ALFA di esternalizzare tutti i servizi di gestione tecnica e commerciale degli immobili. A tal fine, in data ... 2018 ALFA ha ceduto a GAMMA un ramo d'azienda, trasferendo a quest'ultima la totalità dei dipendenti, oltre alle attrezzature, ai *software* e ad alcuni contratti relativi alla gestione tecnica ed amministrativa del centro commerciale, e, quasi contestualmente (in data ... 2018), ha sottoscritto con la medesima società un contratto con cui GAMMA si è impegnata a

svolgere nei confronti di ALFA i servizi tecnici, commerciali ed amministrativi afferenti la gestione del centro commerciale.

Inoltre, dalla situazione patrimoniale di riferimento - stato patrimoniale del bilancio di ALFA relativo all'esercizio chiuso il 31 dicembre 2017, in quanto, come si legge nel progetto di fusione allegato, *"i soci, ai sensi dell'articolo 2501-quater, secondo comma, del codice civile hanno manifestato la volontà di rinunciare alla redazione della situazione patrimoniale"* - risulta un ammontare del patrimonio netto di euro ... , inferiore rispetto all'ammontare delle perdite fiscali pregresse, degli interessi passivi indeducibili e delle eccedenze ACE della società incorporante, quantificate dall'istante in complessivi euro ... (nello specifico, perdite fiscali di euro ... , interessi passivi indeducibili di euro ... e eccedenze ACE di euro ...).

Nel caso in esame, la perdita civilistica conseguita nell'esercizio 2017 da ALFA, che ha determinato un parziale deterioramento della consistenza del patrimonio netto, è dovuta, in base a quanto affermato dall'istante (e a quanto riscontrato nel relativo bilancio), alla circostanza che il conto economico dell'esercizio chiuso il 31 dicembre 2017 è stato influenzato negativamente dallo stanziamento di accantonamenti *"ai soli fini civilistici"* (non dedotti, pertanto, ai fini IRES), per un importo di euro ... , per interventi di risanamento che dovranno essere realizzati sul fabbricato di proprietà a seguito dei sopralluoghi effettuati nel corso dello stesso anno; in assenza di detti accantonamenti, il patrimonio netto al 31 dicembre 2017 sarebbe stato pari a euro ... e, quindi, capiente ai fini del riporto di tutte le posizioni soggettive esistenti in capo alla società istante.

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

- dalla serie storica dei ricavi della gestione caratteristica (euro ... al 31 dicembre 2015, euro al 31 dicembre 2016 e euro ... al 31 dicembre 2017), che nel corso dell'esercizio 2018, di effettuazione dell'operazione straordinaria, hanno

registrato un ulteriore incremento (euro ...);

- 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 bilancio relativo all'esercizio chiuso il 31 dicembre 2018 evidenzia la medesima situazione, con una prevalenza delle immobilizzazioni materiali (euro ...) rispetto al totale delle componenti attive (...);

- dalla circostanza che, sebbene la società istante non abbia dipendenti, la stessa si è avvalsa, a partire dal mese di ... 2018, delle prestazioni fornite dal personale di GAMMA (in media ... unità impiegate, come dichiarato dal contribuente), attraverso la stipula di uno specifico contratto di fornitura di servizi, tale per cui, qualora il calcolo del *test* di vitalità fosse stato condotto considerando i relativi costi per servizi registrati nell'esercizio 2018 (che rispetto a quelli registrati nel bilancio 2017 risultano, in effetti, incrementati di euro ...), lo stesso (*test*) sarebbe stato superato.

Le stesse disposizioni, invece, esaminate con riferimento alla posizione della società incorporata (BETA) non consentono l'effettuazione del *test* di vitalità, in quanto la società medesima non dispone di bilanci relativi ad esercizi precedenti, essendo stata costituita in data ... 2017; inoltre, il patrimonio netto della medesima società risultante dal bilancio relativo all'esercizio 2017, mancando la situazione patrimoniale di fusione di cui all'articolo 2501-*quater* del codice civile, di ammontare pari a euro ... , deve essere interamente "rettificato", in quanto i conferimenti (di costituzione) di cui si compone sono avvenuti nei 24 mesi antecedenti.

Ciò posto, si ritiene che - salvo quanto precisato in premessa con riferimento alla corretta qualificazione e quantificazione degli interessi passivi e delle perdite fiscali derivanti da operazioni di *shareholder loan* - al caso specifico siano applicabili le indicazioni fornite dalla scrivente con la citata circolare n. 6/E del 2016, paragrafo 2.2, trattandosi di posizioni soggettive (*i.e.* interessi passivi indeducibili, perdite fiscali e eccedenze ACE) relative a conferimenti e finanziamenti ottenuti dalla società veicolo (BETA) appositamente costituita per porre in essere l'acquisizione della società *target*

(ALFA) con (parziale e prevalente) ricorso all'indebitamento.

Nel caso in esame, le perdite fiscali, gli interessi passivi indeducibili e le eccedenze ACE di BETA di cui si chiede il riporto, in linea con quanto sostenuto dal contribuente, appaiono integralmente riferibili all'operazione di fusione a seguito di acquisizione con indebitamento (MLBO), considerata la composizione qualitativa e quantitativa dell'attivo (il cui importo complessivo, al ... 2018, di euro ... è costituito prevalentemente dalla voce "partecipazioni in imprese controllate", per un importo di euro ...) e del passivo dello stato patrimoniale (il cui importo complessivo, sempre al ... 2018, di euro ... è costituito prevalentemente da debiti per finanziamenti fruttiferi, per un ammontare di euro ... , nonché da capitale sociale e versamenti in conto capitale per un ammontare complessivo di euro ...) e considerato che - a fronte di una totale assenza di ricavi e altri proventi - BETA risulta aver sostenuto, oltre agli oneri finanziari relativi al prestito contratto per l'acquisto della partecipazione, quasi unicamente costi per servizi amministrativi e di consulenza per complessivi euro ... alla data di efficacia giuridica della fusione.

Pertanto, alla luce delle informazioni fornite dal contribuente e della documentazione esaminata, la scrivente ritiene possibile, nel caso in questione, disapplicare le disposizioni contenute nell'articolo 172, comma 7, del TUIR, con riferimento alle perdite fiscali, agli interessi passivi indeducibili e alle eccedenze ACE di ALFA e di BETA, non essendo le medesime società qualificabili come "bare fiscali". 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)