

**Risposta n. 128/2022**

**OGGETTO:** Riporto delle perdite - Fusione per incorporazione inversa della società veicolo da parte della società target in un'operazione di MLBO e contemporanea incorporazione delle subholding controllate-consolidate dalla società target

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

**QUESITO**

La società ALFA S.r.l. (in breve, ALFA o "incorporante") ha chiesto, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 11, comma 2, della legge 27 luglio 2000, n. 212, la disapplicazione delle disposizioni di cui all'articolo 172, comma 7, del Testo Unico delle Imposte sui Redditi, approvato con d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (TUIR), con riferimento alla fusione (inversa) per incorporazione di BETA S.r.l. (in breve, "BETA") e alla contestuale e diretta incorporazione di ALFAVII S.r.l., ALFAII S.r.l., ALFAVI S.r.l., ALFAIV S.r.l. e di GAMMAII S.r.l., realizzate con atto di fusione stipulato il 18 giugno *n+1*.

L'istante rappresenta che in data 4 ottobre *n*, BETA ha acquisito da ZETA S.a.r.l. il controllo del Gruppo ALFA mediante l'acquisizione del cento per cento del capitale sociale di ALFA e della società ALFAVII S.r.l. (di seguito, "ALFAVII").

Il gruppo ALFA, *leader* nella produzione di ... in Italia, è stato costituito nel ...

dal Fondo ... e ad oggi possiede circa  $x$  impianti ... installati in  $x$  regioni d'Italia. ALFA deteneva il controllo diretto delle seguenti società: ALFAII S.r.l. (di seguito "ALFAII"), ALFAVI S.r.l. (di seguito, "ALFAVI"), ALFAIV S.r.l. (di seguito, "ALFAIV") e di GAMMAII S.r.l. (di seguito, "GAMMAII" e, congiuntamente, con BETA, ALFAVII, ALFAII, ALFAVI, ALFAIV, le "Incorporate").

L'acquisizione delle società ALFA e ALFAVII è stata strutturata facendo ricorso all'indebitamento bancario contratto da BETA al fine di dotarsi delle risorse finanziarie necessarie per far fronte all'acquisto, nonché per garantire il rifinanziamento del debito delle società controllate da ALFA e da ALFAVII.

In particolare, in data 1 ottobre  $n$ , BETA ha stipulato un contratto di finanziamento bancario con un *pool* di banche finanziatrici in forza del quale sono state messe a disposizione della stessa BETA talune linee di credito per un importo complessivo di euro ... milioni.

L'istante evidenza che, ai sensi e per gli effetti di quanto previsto dal predetto contratto di finanziamento, è stato erogato in favore di BETA un importo in linea capitale pari a euro ... milioni, mentre le ulteriori obbligazioni finanziarie, sempre connesse al contratto di finanziamento *de quo*, sono rappresentate unicamente dall'operazione di copertura (*Interest Rate Swap*) del tasso relativo all'indebitamento bancario sopradescritto e dalla connessa linea di liquidità ancora disponibile e non erogata per euro ... milioni.

Inoltre, in data 5 settembre  $n$  e in data 2 ottobre  $n$ , BETA ha ricevuto due versamenti in conto capitale da parte del socio unico DELTA S.p.A. per l'importo complessivamente pari a euro .... (*cf.* bilancio di esercizio di BETA al 31 dicembre  $n$  ).

In data 14 maggio  $n+1$ , le assemblee dell'incorporante ALFA e delle incorporate BETA, ALFAII, ALFAVI, ALFAIV, GAMMAII e ALFAVII, hanno approvato il progetto di fusione inversa di BETA in ALFA e la contestuale e diretta incorporazione di ALFAII, ALFAVI, ALFAIV, GAMMAII e ALFAVII in ALFA, ai sensi degli

articoli 2501-*bis* e 2501-*ter* del codice civile (di seguito, l'"Operazione" o la "Fusione").

Nelle delibere di fusione è stato previsto che l'Operazione avvenisse sulla base del bilancio di esercizio chiuso al 31 dicembre  $n$  per tutte le società partecipanti alla Fusione.

Quanto alla decorrenza degli effetti della Fusione, in base a quanto riportato nell'atto di fusione redatto in data 18 giugno  $n+1$ , risulta che:

- gli effetti giuridici decorrono da quando è stata eseguita l'ultima delle iscrizioni presso il Registro delle Imprese, ai sensi dell'art. 2504-*bis* del codice civile, ossia sono decorsi dal 21 giugno  $n+1$ ;

- gli effetti fiscali e contabili sono stati retrodatati al primo gennaio dell'esercizio  $n+1$ .

La Fusione descritta si inserisce nello schema tipico di *merger leveraged buy-out* (in breve, MLBO), che si sostanzia nella acquisizione di una società facendo leva sulla sua capacità di indebitamento e sull'impiego di mezzi finanziari ottenuti da investitori istituzionali, garantiti dalla solidità patrimoniale ed economica della società da acquisire.

La Fusione rientra in una più ampia operazione di riorganizzazione, aggregazione e semplificazione della catena di controllo delle società operative nel settore della produzione di energia da ... . In particolare, l'istante fa presente che l'Operazione è stata realizzata per consentire all'incorporante di beneficiare di un significativo risparmio di costi derivante dalla concentrazione in un unico soggetto giuridico delle società che prima svolgevano la funzione di *sub-holding* nella catena di controllo. La Fusione ha dunque permesso di unificare ed integrare i processi decisionali, di ottenere maggiore flessibilità ed efficienza nell'utilizzo delle risorse e di creare un'unica organizzazione di impresa in grado di assumere le decisioni con maggiore reattività e rapidità.

In riferimento alle posizioni fiscali soggettive portate in dote alla Fusione

dall'incorporante e dalle Incorporated, l'istante fa presente quanto segue.

Alla data di efficacia della Fusione, ALFA da una parte e ALFAVII dall'altra, avevano in essere, in qualità di consolidanti, due diversi consolidati fiscali nazionali (di seguito, rispettivamente, "Consolidato ALFA" e "Consolidato ALFAVII"), ai sensi dell'articolo 117 e seguenti del TUIR.

In riferimento all'incorporazione della consolidante ALFAVII, l'istante evidenzia come la stessa rientri nella fattispecie di fusione di società controllante (*i.e.* ALFAVII) con società non appartenente al consolidato (*i.e.* ALFA), nell'ambito della quale ai sensi dell'articolo 124, comma 5 del TUIR, il legislatore ha inteso subordinare la continuazione del consolidato (*i.e.* il Consolidato ALFAVII) alla dimostrazione circa la permanenza dei requisiti previsti dall'articolo 117 e seguenti del TUIR, ovvero alla facoltà prevista per il contribuente di richiedere un parere all'amministrazione, mediante specifica istanza di interpello. Proprio al fine di ottenere parere favorevole alla continuazione del Consolidato ALFAVII, con la società risultante dalla fusione ALFA, in qualità di consolidante, e alla conseguente inclusione delle consolidate della ALFAVII nel Consolidato ALFA, l'istante ha rappresentato di aver contestualmente presentato un'ulteriore istanza di interpello ai sensi dell'articolo 11, comma 1, lett. *b*), della legge 27 luglio 2000, n. 212.

Nel parere favorevole, successivamente reso dalla scrivente in data ... , è stato preso atto che *"il consolidato dell'incorporata ALFAVII non presenta perdite fiscali pregresse; nella opposta ipotesi, si sottolinea che assumerebbero rilievo le indicazioni contenute nella risoluzione n. 44/E del 2007 in ordine alla applicazione in via analogica della disciplina prevista dall'articolo 13, commi 5 e 6, del D.M. 9 giugno 2004 (oggi articolo 13, commi 4 e 5, del DM 1° marzo 2018), secondo cui le perdite del consolidato devono essere riattribuite alle società che ad esso partecipano sulla base dei criteri manifestati in sede di esercizio dell'opzione"*.

Pertanto, per la consolidante ALFAVII e le sue consolidate non sussistendo perdite pregresse al Consolidato non trovano applicazione le disposizioni di cui al

citato articolo 172, comma 7.

In riferimento all'incorporazione delle Incorporated ricomprese nel Consolidato ALFA (*i.e.* ALFAII, ALFAVI, ALFAIV, GAMMAII), l'istante evidenzia come la stessa rientri nella fattispecie di fusione tra la consolidante (*i.e.* ALFA) e una o più consolidate, per la quale è prevista l'estinzione della tassazione di gruppo tra i soggetti coinvolti senza produrre gli effetti interruttivi di cui all'articolo 124 del TUIR, ai sensi dell'articolo 11, comma 2 del Decreto Ministeriale 1 marzo 2018 (di seguito, il "Decreto"), recante modifiche al Decreto Ministeriale 9 giugno 2004.

Pertanto, le disposizioni di cui al citato articolo 172, comma 7, trovano applicazione in capo all'incorporante e alle sole incorporate ricomprese nel Consolidato ALFA, limitatamente alle eventuali perdite fiscali ed eccedenze di interessi passivi realizzate negli esercizi antecedenti all'ingresso nel Consolidato ALFA.

A tale proposito, l'istante riferisce che le posizioni fiscali soggettive rientranti nell'ambito di applicazione del citato articolo 172, comma 7, sono riferibili alle incorporate ALFAIV e GAMMAII. Si tratta, in particolare, per entrambe le società delle perdite fiscali realizzate nell'anno  $n-6$ , ossia il loro primo esercizio di attività, antecedente al loro ingresso nel consolidato ALFA pari, rispettivamente, a euro ... ed euro ... .

In riferimento all'incorporazione di BETA, l'istante evidenzia come la stessa rientri nella fattispecie di fusione di una società non inclusa nel consolidato (*i.e.* BETA) in società inclusa nello stesso (*i.e.* ALFA), ossia tra le ipotesi di continuazione del consolidato ai sensi dell'articolo 11, comma 3 del Decreto.

Pertanto, le disposizioni di cui al citato articolo 172, comma 7, trovano applicazione per quanto riguarda l'incorporata BETA, limitatamente alle eventuali perdite fiscali ed eccedenze di interessi passivi maturate nel suo primo periodo di imposta - dal 2 agosto  $n$  al 31 dicembre  $n$  - e nel periodo di retrodatazione (dal 1° gennaio al 20 giugno  $n+1$ ) della Fusione.

A tale proposito, l'istante riferisce che l'incorporata BETA ha conseguito perdite fiscali pari a euro ... al 31 dicembre *n* e un risultato negativo generatosi nel periodo di retrodatazione pari a euro ... . Tali risultati negativi sono riconducibili ai costi ordinari di gestione della società e ai costi derivanti dalla struttura di indebitamento posta in essere ai fini dell'acquisizione del Gruppo ALFA. In particolare, il citato indebitamento ha generato in capo a BETA, interessi passivi non deducibili e oggetto di riporto ai sensi dell'articolo 96 del TUIR. Nel periodo di imposta *n*, l'eccedenza di interessi passivi non deducibili è stata pari a euro ... . A tale ammontare si somma l'eccedenza generatasi nel periodo di retrodatazione pari a euro ... .

L'istante evidenzia che per quanto riguarda BETA, tale società in linea di principio, non sarebbe in grado di trasferire ad ALFA, quale soggetto incorporante, le proprie posizioni soggettive, in quanto nel caso in esame non risultano integrati i due requisiti richiesti dal citato articolo 172, comma 7. Più in dettaglio:

- in relazione ai "*test* di vitalità", BETA, essendo stata costituita il 2 agosto *n*, non dispone dei bilanci relativi agli esercizi precedenti alla delibera di fusione, rilevanti ai fini del predetto *test*. Inoltre, risultano del tutto assenti costi per il personale e ricavi caratteristici nell'intervallo di tempo tra la data della sua costituzione, il 2 agosto *n*, e quella di efficacia della Fusione. Tali circostanze sono la diretta conseguenza delle ragioni che ne hanno determinato la costituzione: l'acquisizione del controllo della *target* ALFA e di ALFAVII e la realizzazione dell'obiettivo di aggregazione e semplificazione delle strutture organizzative esistenti;

- in relazione al limite quantitativo del patrimonio netto, dovendo decurtare il proprio patrimonio netto (alla data del 31 dicembre *n*) dei conferimenti/versamenti soci ricevuti nei precedenti 24 mesi, BETA risulterebbe priva di un patrimonio netto (trattandosi di società costituita nell'anno *n*).

Con riferimento alle incorporate ALFAIV e GAMMAII, l'istante rappresenta che il *test* del patrimonio netto è abbondantemente superato in quanto a fronte di un importo complessivo di posizioni fiscali soggettive di euro ... per ALFAIV ed euro ...

per GAMMAII, il limite patrimoniale di riferimento è, rispettivamente, pari a euro ... e a euro ... .

In particolare, per ALFAIV a fronte di un patrimonio netto contabile, risultante dal bilancio al 31 dicembre *n*, pari a euro ... è stato decurtato il versamento in conto capitale di euro ..., effettuato in data 4 ottobre *n* dalla controllante ALFA a seguito dell'acquisizione di quest'ultima da parte di BETA (*cf.*: bilancio di esercizio chiuso al 31 dicembre *n* di ALFAIV).

Per GAMMAII a fronte di un patrimonio netto contabile, risultante dal bilancio al 31 dicembre *n*, pari a euro ... è stato decurtato il versamento in conto capitale di euro ... , effettuato in data 4 ottobre *n* dalla controllante diretta ALFAIV a seguito dell'acquisizione di ALFA da parte di BETA (*cf.*: bilancio di esercizio chiuso al 31 dicembre *n* di GAMMAII).

Viceversa, per le incorporate ALFAIV e GAMMAII non risulta integrato il requisito di vitalità in quanto, come risulta dal bilancio chiuso al 31 dicembre *n*, nonché dai bilanci chiusi nei due esercizi anteriori, l'ammontare dei costi per il personale, dei ricavi e proventi dell'attività caratteristica, è pari a zero.

In data ... , l'istante ha presentato documentazione integrativa, a seguito della richiesta effettuata dalla scrivente in data ... , con la quale ha fornito, tra le altre:

- indicazioni relative al sostenimento da parte delle sub-*holding*, ALFAIV e GAMMAII, di oneri simili alle spese per prestazioni di lavoro subordinato relative alla gestione e amministrazione societaria, con illustrazione dei contratti di *services* amministrativo sottoscritti con la controllante ALFA e con un'altra società del gruppo, la ALFAVI;

- indicazione dei dividendi distribuiti dalla due citate sub-*holding* a partire dall'anno *n-6*, anno di costituzione delle citate società;

- delucidazioni relative alla contabilizzazione da parte delle due sub-*holding* di importi nella voce di conto economico C16, ossia di proventi finanziari da imprese controllate;

- indicazioni relative alla genesi delle perdite fiscali portate in dote alla Fusione da ALFAIV e GAMMAII.

### **SOLUZIONE INTERPRETATIVA PROSPETTATA DAL CONTRIBUENTE**

Ad avviso dell'istante, l'operazione *de qua* risponde agli ordinari schemi e canoni delle operazioni di MLBO, come descritti nella circolare n. 6/E del 30 marzo 2016.

Per la società BETA, l'istante ha inteso evidenziare che il mancato superamento dei *test* di vitalità e l'incapienza del patrimonio netto non comportano alcun effetto elusivo, ma sono una fisiologica conseguenza dell'acquisizione strutturata secondo la tecnica del *merger leveraged buy-out*.

A tale riguardo, è stato rappresentato che:

- BETA è una società veicolo esclusivamente strumentale all'acquisizione del gruppo di cui fa parte ALFA;

- l'indebitamento di BETA è strettamente funzionale all'operazione di acquisizione, essendo stato utilizzato, unitamente alle risorse proprie di detta società (costituite dai conferimenti provenienti da TETA S.p.A.), al fine di condurre a compimento l'acquisizione;

- l'operazione ha trovato il suo naturale completamento nella fusione di BETA in ALFA; in tal modo, l'indebitamento funzionale all'acquisizione verrà progressivamente rimborsato utilizzando i flussi di cassa generati dalla società *target*,

- le perdite fiscali portate in dote alla Fusione sono riconducibili essenzialmente ai costi ordinari di gestione della stessa BETA.

L'istante sostiene, pertanto, che in linea con le indicazioni formulate dall'Agenzia delle Entrate nella circolare n. 6/E del 2016, attesa la piena configurabilità di un *merger leveraged buy out* nel caso di specie, BETA deve considerarsi "vitale", in ragione del suo ruolo esclusivamente strumentale all'operazione di acquisizione.

Parimenti, i conferimenti ricevuti da BETA, essendo stati utilizzati al fine di



condurre a compimento l'acquisizione, sono da considerarsi fisiologici nell'ambito della predetta operazione e non artificiosamente preordinati al conseguimento di un vantaggio puramente fiscale.

Di conseguenza, le posizioni fiscali soggettive di BETA dovrebbero interamente confluire in capo all'incorporante ALFA.

Per le incorporate ALFAIV e GAMMAII, l'istante sostiene che il mancato superamento dei *test* di vitalità economica, nel caso in esame, non è sintomo di un "depotenziamento" o "svuotamento" della società che giustificerebbe l'applicazione della disposizione antielusiva.

In particolare, è stato rappresentato che le due società di cui si discute sono *sub-holding* costituite nell'anno *n-6*.

La società ALFAIV ha conseguito utili nel solo esercizio *n-1* e, in assenza di un obbligo legale di distribuzione dei dividendi in ciascun periodo d'imposta, ha mantenuto lo stesso senza deliberare una distribuzione di dividendi in favore dei soci.

Per quanto attiene GAMMAII, questa ha erogato dividendi alla controllante ALFAIV per euro ... nell'esercizio *n-3* e per euro ... nell'esercizio *n-1*.

La circostanza che tali società fin dalla loro costituzione abbiano svolto unicamente l'attività di *holding*, dovrebbe consentire di escludere che siano state "depotenziate" a fini elusivi e che le perdite si riferiscano ad una attività economica esercitata in precedenza, ma non più attuale.

Per quanto riguarda, invece, l'assenza di spese per prestazioni di lavoro subordinato, in ragione della peculiare attività svolta dalle due società in quanto *holding* di partecipazione, l'assenza di tali costi non dovrebbe costituire di per sé sintomo di scarsa vitalità aziendale.

A riprova dell'assenza di effetti elusivi, l'istante ha ritenuto opportuno menzionare le ragioni economiche dell'operazione nel suo complesso. A tale proposito, è stato ribadito come la fusione si colloca nel più ampio processo di riassetto del gruppo, nato successivamente all'acquisizione di ALFA tramite ricorso

all'indebitamento bancario contratto da BETA. Tale riassetto del gruppo è essenzialmente motivato dal fatto che le sinergie che ne derivano conducono ad un notevole incremento dell'efficienza operativa in relazione ai costi amministrativi oltre che alla concentrazione in un unico soggetto giuridico delle società che oggi svolgono attività di *sub-holding*.

A tale riguardo, l'istante evidenzia che occorre inoltre considerare che proprio in ragione del fatto che BETA è stata costituita al sol fine di conseguire la detenzione dell'intero capitale sociale di ALFA, una volta perfezionatasi l'acquisizione, la lunga articolazione societaria facente capo a quest'ultima non aveva più alcuna ragion d'essere.

In definitiva, anche le posizioni fiscali soggettive delle incorporate ALFAIV e GAMMAII dovrebbero interamente confluire in capo all'incorporante 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 nell'istanza e nella documentazione integrativa, nonché alla corretta determinazione e quantificazione delle posizioni fiscali soggettive delle quali si chiede la disapplicazione.

Resta, pertanto, impregiudicato qualsiasi potere di controllo da parte dell'amministrazione finanziaria volto alla corretta determinazione, qualificazione e quantificazione delle posizioni fiscali soggettive sopra citate.

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, con riguardo alle

posizioni fiscali soggettive riportabili in avanti (*i.e.* perdite fiscali e interessi passivi non deducibili) delle società BETA, ALFAIV e GAMMAII, portate in dote alla fusione per incorporazione in ALFA.

Ciò premesso, l'istante descrive un'operazione straordinaria di fusione a seguito di acquisizione con indebitamento (cd. MLBO) regolata dall'articolo 2501-*bis* del codice civile. In particolare, poiché BETA ha acquistato il controllo del 100 per cento del capitale sociale di ALFA e di ALFAVII, procurandosi le risorse per l'acquisto anche mediante indebitamento bancario appositamente contratto, il patrimonio di ALFA e delle Incorporate costituirà garanzia generica nonché fonte di rimborso di tali debiti (*cf.* Relazione illustrativa degli organi amministrativi di ALFA e delle Incorporate sul progetto di fusione redatta ai sensi dell'articolo 2501-*quinquies* del codice civile).

Con l'introduzione dell'articolo 2501-*bis* del codice civile, 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*.

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 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 (di seguito, anche "condizione *sub I*");

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 (di seguito, anche "condizione *sub 2*").

Lo stesso comma 7 del menzionato articolo 172 estende l'applicazione del limite sopra indicato "agli interessi indeducibili oggetto di riporto in avanti di cui al comma 4 dell'articolo 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 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 (da ultimo, *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 del riporto delle perdite se non esiste più l'attività economica cui tali perdite si riferiscono (*cf.* 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 è attuata (*cf.*, tra l'altro, la citata risoluzione n. 143/E del 2008).

Con riferimento all'ammontare delle perdite fiscali pregresse portate in dote alla Fusione da ciascuna delle società partecipanti all'operazione e relativamente alle quali trova applicazione il limite di riportabilità di cui al citato articolo 172, si precisa quanto segue.

L'incorporazione di ALFAIV e di GAMMAII da parte di ALFA è riconducibile alla fattispecie di fusione tra la consolidante e una o più consolidate. In tale ipotesi, l'articolo 11, comma 2, del citato Decreto, che reca le disposizioni di attuazione per l'applicazione di quelle contenute negli articoli da 117 a 128 del TUIR, dispone che "*la fusione tra la consolidante e una o più consolidate estingue la tassazione di gruppo tra i soggetti stessi senza gli effetti di cui all'art. 124 del testo unico ( ... )*". L'incorporante ALFA succede, pertanto, nel complesso delle posizioni giuridiche attive e passive delle due incorporate, ivi incluse quelle relative al regime del consolidato facente capo all'incorporante stessa.

In particolare, l'incorporazione rappresentata è riconducibile a quelle ipotesi per le quali la scrivente ha precisato, con la circolare n. 9/E del 2010, che "*in presenza di operazioni di fusione tra società partecipanti al medesimo consolidato nazionale (cfr. articolo 11, commi 1 e 2 del decreto) e con perdite fiscali riportabili conseguite "in costanza" di consolidato, può escludersi qualsiasi manovra elusiva tesa a realizzare, con l'operazione di aggregazione, la compensazione intersoggettiva delle perdite fiscali tra i soggetti coinvolti, atteso che questi, per effetto dell'operazione medesima, non possono fruire di alcun vantaggio addizionale in termini di compensazione degli imponibili in quanto le perdite prodotte dalle società aderenti al consolidato "nascono" già compensabili con gli utili di altre società incluse nella tassazione di gruppo*".

Pertanto, già il regime di consolidato fiscale nazionale - in assenza di fusione - avrebbe consentito la compensazione intersoggettiva delle medesime perdite conseguite negli esercizi di validità dell'opzione, con la conseguenza che tali operazioni risultano essere - finché permane il regime di tassazione di gruppo -

operazioni "neutrali" nei confronti delle perdite fiscali residue risultanti dalla dichiarazione dei redditi del consolidato.

In altre parole, il ricorso all'operazione di fusione non consente alcun vantaggio ulteriore in termini di recupero delle perdite fiscali conseguite in vigenza dell'opzione che le norme sul consolidato già non consentano; le società partecipanti all'operazione, infatti, pur fondendosi, non "fuoriescono" dal medesimo consolidato.

Pertanto, in ipotesi di fusione che, ai sensi dell'articolo 11 del decreto, non interrompono la tassazione di gruppo, le disposizioni limitative al riporto delle perdite devono - per ragioni di ordine logico sistematico - trovare applicazione solo con riferimento alle perdite "pregresse" all'ingresso nel regime consolidato di ciascuna società partecipante all'operazione, rimanendo escluse le perdite prodotte in vigenza del consolidato.

Ne deriva che nell'incorporazione di ALFAIV e di GAMMAII, entrambe partecipanti nel periodo d'imposta  $n$  al consolidato facente capo ad ALFA, le limitazioni di cui al citato articolo 172, comma 7, risultano applicabili limitatamente alle perdite fiscali conseguite negli esercizi antecedenti all'ingresso nel Consolidato ALFA (*i.e.* le perdite realizzate dalle due incorporate-consolidate al 31 dicembre  $n-6$  - ultimo periodo d'imposta antecedente all'adesione al consolidato), quantificate dall'istante in misura pari a euro ... ed euro ... .

Per quanto riguarda l'incorporazione di BETA da parte di ALFA tale operazione è riconducibile alla fattispecie di fusione per incorporazione di società non inclusa nel consolidato (*i.e.* BETA) in società inclusa nel consolidato (*i.e.* ALFA). In tale ipotesi, l'articolo 11, comma 3 del Decreto, dispone che la fusione "*non interrompe la tassazione di gruppo, qualora permangono i requisiti di cui all'art. 117 del testo unico*".

Ne deriva che le limitazioni di cui all'articolo 172, comma 7 del TUIR, risultano applicabili limitatamente alle perdite qualificabili ai sensi dell'articolo 118, comma 2 del TUIR (*i.e.* le perdite realizzate dalla società - BETA - non inclusa nel consolidato e

le perdite realizzate dalla società inclusa nel consolidato - la consolidante ALFA - in esercizi anteriori all'ingresso nella tassazione di gruppo). In particolare, considerato che la ALFA non dispone di perdite fiscali anteriori al consolidato (e di altre posizioni fiscali soggettive), le limitazioni di cui al citato comma 7 dell'articolo 172, si rendono applicabili a tutte le posizioni fiscali soggettive dell'incorporata BETA:

- perdite fiscali ed eccedenze di interessi passivi non deducibili maturate al al 31 dicembre *n*, pari a euro ... ed euro ...;

- perdite fiscali ed eccedenze di interessi passivi non deducibili maturate nel periodo di retrodatazione della Fusione, pari a euro ... ed euro ... .

Le perdite fiscali di BETA, complessivamente pari a euro ... , saranno considerate dall'incorporante ALFA quali perdite relative agli esercizi anteriori all'inizio della tassazione di gruppo, ai sensi dell'articolo 118, comma 2, del TUIR.

Ciò premesso, con riferimento alla posizione delle società che hanno partecipato all'operazione di fusione, si osserva quanto segue.

Nel caso di specie, in riferimento alla società veicolo 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 fiscali soggettive (*i.e.* perdite fiscali ed eccedenza di interessi passivi), portate in dote alla Fusione da BETA e di cui l'incorporante ALFA chiede il riporto, sono tutte riferibili all'operazione di MLBO perché derivano da atti propedeutici all'acquisto della partecipazione in ALFA e ALFAVII. In base alle risultanze del primo e unico bilancio di esercizio (dalla data di costituzione del 2 agosto *n* al 31 dicembre *n*), che ha preceduto la data di efficacia della Fusione, risulta, infatti, che BETA:

- si caratterizza per la totale assenza di ricavi della gestione caratteristica;
- ha sostenuto costi per servizi per euro ... , costituiti integralmente da servizi professionali, amministrativi e consulenze richieste per la gestione della società;
- ha registrato un risultato negativo per euro ... relativo alla gestione finanziaria, determinato in misura prevalente dalla differenza tra gli oneri finanziari maturati sul

finanziamento concesso dalle banche il 1° ottobre *n* e i proventi finanziari derivanti dai finanziamenti fruttiferi concessi alle controllate (ALFA e ALFAVII) contestualmente alla loro acquisizione avvenuta il 4 ottobre *n*.

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 e sopra indicato, che 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*" (*cf.* circolare n. 9/E del 9 marzo 2010).

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

In riferimento alle altre due società incorporate, ALFAIV e GAMMAII, risulta rispettata da entrambe la condizione di cui al punto *sub 1)*, mentre la condizione di cui al punto *sub 2)* ricorre solamente con riferimento al parametro dei ricavi e dei proventi



caratteristici per GAMMAII e non anche per quello dei costi da lavoro dipendente per entrambe le società.

ALFAIV e GAMMAII, costituite in data 11 luglio e 18 luglio  $n-6$ , operavano, seppur indirettamente, nel settore della produzione di ..., risultando ALFAIV controllante, per il tramite di GAMMAII, della società operativa OMEGA S.p.A., la quale opera nella ... .

Per quanto riguarda la condizione *sub 1)* e il giudizio di congruità del patrimonio netto di ALFAIV e GAMMAII rispetto all'ammontare complessivo delle perdite fiscali portate in dote alla fusione dalle due società (rispettivamente, euro ... ed euro ...), dai bilanci relativi all'ultimo esercizio chiuso prima della data di efficacia giuridica della fusione (*i.e.* bilanci di esercizio al 31 dicembre  $n$ ) risulta che ALFAIV e GAMMAII si presentano alla Fusione con un patrimonio netto, al netto dei versamenti soci effettuati nei 24 mesi precedenti, pari a euro ... e a euro ... .

Per quanto riguarda la condizione *sub 2)*, in ordine al parametro dei ricavi e proventi dell'attività caratteristica, si evidenzia che gli stessi sono individuabili in linea generale in tutti quei proventi che in relazione all'attività svolta dalle *holding* di partecipazione, come ALFAIV e GAMMAII, possano considerarsi "caratteristici". Le società *holding* possono considerare, dunque, ai fini del calcolo del *test* di vitalità, oltre ai ricavi e proventi di cui alle voci di conto economico A1 e A5, anche i proventi finanziari iscritti nelle voci C15 e C16 (*cf.* risoluzione Agenzia delle Entrate n. 143/E del 10 aprile 2008).

Pertanto, la società GAMMAII supera il predetto *test* di vitalità calcolato con riferimento all'esercizio antecedente a quello in cui è stata deliberata la Fusione (ossia, l'esercizio  $n$ ). In particolare, l'ammontare dei proventi da partecipazioni da imprese controllate risultante dal bilancio chiuso al 31 dicembre  $n$  - euro ... - risulta superiore all'importo di euro ... , ossia al 40 per cento della media dei medesimi valori del biennio precedente (pari a euro ... nel  $n-1$  ed euro ... nel  $n-2$ ).

Per quanto riguarda ALFAIV, dai bilanci di esercizio e da quanto riferito con la

documentazione integrativa, risulta che la citata società ha percepito dividendi dalla controllata GAMMAII per euro ... nell'esercizio  $n-1$  e per euro ... nell'esercizio  $n-3$ .

Pertanto, il mancato superamento del *test* di vitalità da parte di ALFAIV, a causa dell'assenza di proventi finanziari iscritti nelle voci C15 e C16 nel bilancio  $n$ , è frutto della sua natura di *holding* e, in particolare, della mancata distribuzione di dividendi e del mancato percepimento di altri proventi finanziari nel citato esercizio provenienti dalla sua unica partecipata, la società GAMMAII.

Con riferimento al superamento della condizione *sub 2)*, in ordine al parametro dei costi da lavoro dipendente, l'assenza di tali costi nei bilanci di ALFAIV e GAMMAII non costituisce di per sé sintomo di scarsa vitalità aziendale, in ragione della riferita peculiare attività svolta da entrambe le società in quanto *holding* di partecipazione (*cf.* risoluzione Agenzia delle Entrate n. 143/E del 10 aprile 2008).

Dall'analisi dei bilanci si rileva che le due citate società hanno sottoscritto appositi contratti di *services* amministrativo concernenti l'attività di gestione e amministrazione con la controllante ALFA e con ALFAVI (*cf.* allegati 1, 2, 3 e 4, della documentazione integrativa).

In particolare, a fronte dei servizi di gestione e di amministrazione, svolti da ALFA e da ALFAVI, risultano contabilizzate *management fees* per i seguenti importi:

- euro ... nel  $n$ , euro ... nel  $n-1$  ed euro ... nel  $n-2$  da parte di ALFAIV;
- euro ... nel  $n$ , euro ... nel  $n-1$  ed euro ... nel  $n-2$  da parte di GAMMAII.

Nel loro insieme tali circostanze giustificano, ai fini della verifica del relativo indice di vitalità economica, di cui al citato articolo 172, comma 7, l'assenza nei bilanci di ALFAIV e GAMMAII dei costi del personale.

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 (*i.e.* l'incorporante ALFA), di posizioni fiscali soggettive riportabili maturate da società (*i.e.* BETA, ALFAIV e GAMMAII), partecipanti alla fusione, la cui attività economica sia ormai inesistente.

In conclusione, per le motivazioni sopra esposte, si ritiene, che nella fattispecie in esame, possa essere disapplicato il comma 7 dell'articolo 172 del TUIR, con riferimento alle posizioni fiscali soggettive portate in dote alla Fusione dalle società BETA, ALFAIV e GAMMAII.

Il presente parere viene reso ai soli fini dell'articolo 11, comma 2, della legge n. 212 del 2000, 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 ad eventuali precedenti MLBO; la fase di *exit* dall'investimento del Fondo ... anche tramite le 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 ed, 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 di cui all'articolo 1 del D.L. n. 201 del 2011).

**IL DIRETTORE CENTRALE**

**(firmato digitalmente)**