

Risposta n. 136/2022

OGGETTO: Disapplicazione dell'articolo 172, comma 7, del TUIR in caso di MLBO e ulteriore fusione

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

QUESITO

La B è stata costituita nel 1984, opera nel settore dell'autotrasporto di prodotti alimentari a temperatura controllata ed è specializzata nel mantenimento della catena del freddo. Nell'ambito di una più ampia operazione di fusione a seguito di acquisizione con indebitamento (in cui sono rispettate le condizioni previste dall'articolo 2501-*bis* del Codice civile) è stata acquistata dalla A - "newco" costituita in data 7 settembre 2018 da T per il reperimento della provvista finanziaria necessaria all'acquisizione ed estinta in data 2 settembre 2019 per effetto della fusione inversa- e poi oggetto di una fusione inversa con la medesima società acquirente (ossia, A). La società A ha fatto ricorso all'indebitamento bancario, assistito dal pegno sulle quote della stessa A.

Nell'ambito della medesima operazione di MLBO l'istante ha altresì incorporato (fusione diretta) la società S controllata al 100%.

Pertanto, l'istante ha incorporato mediante fusione inversa la controllante A, e

mediante fusione diretta la controllata S.

L'operazione posta in essere da T si pone l'obiettivo di pervenire alla razionalizzazione della struttura composta da tre società (B, S e A).

La Società istante supera sia il cd. "test di vitalità" che il cd. "test patrimoniale".

La A, invece, essendo neocostituita non dispone di bilanci relativi agli esercizi precedenti e, perciò, non supera né il cd. "test di vitalità" né il cd. "test patrimoniale" dovendo decurtare il patrimonio netto dei conferimenti e dei versamenti effettuati negli ultimi ventiquattro mesi anteriori alla data cui si riferisce la situazione.

Pertanto, le perdite fiscali relative al periodo d'imposta 2018 (ossia, dalla data di costituzione del 7/9/2018 al 31/12/2018) pari a euro 1.923 e le eccedenze di interessi passivi indeducibili relativi al medesimo arco temporale, pari a euro 190.324, nonché, le perdite fiscali relative al periodo compreso tra l'inizio del periodo d'imposta (1° gennaio 2019) e la data antecedente a quella di efficacia giuridica della fusione (1° settembre 2019), pari a Euro 4.102, gli interessi passivi indeducibili pari ad euro 467.795 e l'ACE pari ad euro 41.912 entrambi relativi al medesimo arco temporale risulterebbero nel loro ammontare complessivo di euro 706.056 potenzialmente non riportabili.

La S società controllata al 100% dalla SOCIETÀ (incorporante), supera il c.d. "test di vitalità" con riferimento sia al periodo di imposta 2018 che al periodo d'imposta 2019, ma non supera il c.d. "test patrimoniale" con la conseguenza che le perdite fiscali eccedenti l'ammontare del patrimonio netto risultante dall'ultimo bilancio, pari ad euro 145.449, risulterebbero potenzialmente non riportabili.

Tuttavia, In base alle risultanze dei bilanci relativi agli esercizi che hanno preceduto la data di efficacia giuridica della fusione, l'attività di impresa svolta dalla società S non sembra aver subito depotenziamenti, risultando in utile nei bilanci 2016, 2017 e 2018.

SOLUZIONE INTERPRETATIVA PROSPETTATA DAL CONTRIBUENTE

L'istante ritiene che la disciplina antielusiva specifica di cui all'articolo 172, comma 7, del T.U.I.R. non possa trovare applicazione nella fattispecie rappresentata, in quanto la fusione risponde a valide ragioni economiche. L'operazione di fusione è stata perfezionata esclusivamente con l'obiettivo di razionalizzare la struttura del Gruppo T a seguito dell'acquisizione di B consentendo, tra l'altro, il contenimento dei costi fissi complessivi, la diminuzione delle spese di natura amministrativa, evitando duplicazioni di molteplici attività di carattere istituzionale, amministrativo e finanziario, nonché la riduzione delle tempistiche delle decisioni.

Con riferimento alle NewCo costituite nell'ambito di operazioni di *merger leveraged buy-out*, l'istante rammenta che, in merito al c.d. "test di vitalità", l'assenza di bilanci precedenti con cui effettuare il raffronto richiesto dalla norma non esclude la possibilità di indagare sulla sostanziale vitalità della società coinvolta nell'operazione straordinaria, potendo fare ricorso ad altri fattori utili a dimostrare la sussistenza di tale requisito (cfr. risoluzione n. 337/E del 29 ottobre 2002); a tal riguardo, l'istante ritiene che la società veicolo [A] possa considerarsi "vitale", svolgendo funzioni strumentali alla realizzazione dell'operazione di MLBO.

Per quanto concerne, poi, il limite del patrimonio netto l'istante ritiene che 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" (cfr. circolare n. 9/E del 9 marzo 2010).

Al riguardo, l'istante ha dichiarato che le eccedenze di interessi passivi e le perdite di cui la SOCIETÀ chiede il riporto sono originate esclusivamente dai finanziamenti ottenuti da A per porre in essere l'operazione di acquisizione con indebitamento della B, culminata poi nella fusione inversa della prima nella seconda, secondo l'iter procedurale riconosciuto dall'articolo 2501-bis del Codice civile.

L'istante dichiara che la descritta operazione di fusione inversa è stata realizzata

per rispondere a effettive e rilevanti ragioni economiche da rinvenirsi essenzialmente nella volontà di procedere all'unificazione delle società coinvolte nella fusione per razionalizzare l'intera struttura societaria e rimborsare, altresì, l'indebitamento bancario contratto da A per l'acquisizione della società operativa B.

Con riferimento alla S l'istante dichiara che la T (acquirente mediante la newco all'uopo costituita A), non avrebbe mai acquistato le quote della SOCIETÀ al prezzo di complessivi euro 43.034.131 al solo fine di vedersi riconosciuta la possibilità di riportare ai successivi periodi d'imposta le perdite fiscali di una società controllata dalla SOCIETÀ e pari ad euro 145.449.

In base alle risultanze dei bilanci relativi agli esercizi che hanno preceduto la data di efficacia giuridica della fusione, l'attività di impresa svolta dalla società S non ha subito alcun depotenziamento; la vitalità e la capacità produttiva della società si evincerebbe, in particolare: dalla serie storica di ricavi della gestione caratteristica (euro 135.828,00 al 31/12/2018, euro 90.185,00 al 31/12/2017, euro 9.746,00 al 31/12/2016), considerato, altresì, che la società S, nel periodo "interinale" (01/01/2019 - 01/09/2019), ha registrato ricavi per euro 69.970,00; (ii) dalla circostanza che il costo del personale dipendente sostenuto nel periodo "interinale" (01/01/2019 - 01/09/2019) è superiore al 40% della media del costo dei due esercizi precedenti (i.e. periodo 2017 e periodo 2018; cfr. test di vitalità allegato n. 7 alla presente istanza).

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 la corretta determinazione e quantificazione delle posizioni soggettive fiscali delle quali si chieda la disapplicazione e dei dati contabili a supporto del calcolo dei test di vitalità e del patrimonio netto.

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.

Ciò premesso, l'istante descrive un'operazione straordinaria di fusione inversa a seguito di acquisizione con indebitamento (MLBO) rientrante, sotto il profilo civilistico, nella fattispecie regolata dall'articolo 2501-*bis* del Codice civile, oltre alla ulteriore incorporazione di una società controllata dalla target stessa.

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 a questo articolo, 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 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, 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 specifico, va osservato che:

- per la B ricorrono sia le condizioni di cui al punto sub 1) che le condizioni di cui al punto sub 2) e, pertanto, non vengono richieste posizioni soggettive;
- per la A non ricorrono entrambe le condizioni in quanto trattasi di società neocostituita;

- per la S non ricorrono le condizioni di cui al punto sub 1) ma ricorrono le condizioni di cui al punto sub 2);

In merito alla A, si osserva che l'operazione in esame rientra effettivamente nella fattispecie di cui all'articolo 2501-*bis* Codice civile, in quanto è stata realizzata facendo ricorso ad una società veicolo *NewCo* (la A) all'unico scopo di acquistare la società *target* la quale, successivamente all'acquisizione del 100% delle sue quote da parte della veicolo, ha incorporato quest'ultima (c.d. fusione inversa).

Occorre pertanto riscontrare se, nel caso in cui manchino oggettivamente i parametri di cui alla norma, 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.

Nel caso di specie, l'istante evidenzia che A è stata una società veicolo "costituita ad hoc" per l'acquisto della partecipazione rappresentativa dell'intero suo capitale sociale, ossia esclusivamente strumentale all'operazione di MLBO - fattispecie tipica ammessa dal Codice civile (cfr. articolo 2501-bis) - conclusasi con la sua incorporazione in B.

In conformità con quanto affermato nella circolare n. 6/e del 30 marzo 2016 in relazione a fattispecie di tal fatta, si ritiene quindi che A sia da qualificarsi "vitale", atteso il ruolo del tutto strumentale, per quanto rappresentato in istanza, alla realizzazione dell'operazione di MLBO.

Sulla base di quanto fin qui affermato si ritiene innanzitutto non applicabile al caso in esame la parte della norma di cui all'articolo 172 comma 7 del TUIR che dispone il rispetto del c.d. test di vitalità economica.

Con riferimento, poi, al limite del patrimonio netto, come visto, il comma 7, dell'articolo 172 del TUIR stabilisce che gli interessi passivi indeducibili e perdite fiscali pregresse e le eccedenze di ACE possono essere "utilizzate" dalla società risultante dalla fusione o incorporante per la parte del loro ammontare che non eccede

l'ammontare del rispettivo patrimonio netto quale risulta dall'ultimo bilancio o, se inferiore, dalla situazione patrimoniale di cui all'art. 2501-*quater* del codice civile". Si ritiene che nel caso di specie anche tale limite sia disapplicabile poiché, come chiarito dalla più volte 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).

Giova infine osservare che, per quanto illustrato e documentato nell'istanza, gli interessi passivi indeducibili di cui si chiede il riporto sono afferenti al costo (in termini di interessi passivi) relativo alle linee di finanziamento ottenute per porre in essere l'acquisto della partecipazione in B.

In merito alla S, si rileva che la circostanza per la quale una società abbia superato il cd. test di vitalità e che, quindi, esprima una situazione di operatività, non pone, di per sé in condizione la Scrivente di sostenere la disapplicazione del limite patrimoniale di ordine quantitativo, per il semplice motivo che, diversamente, la disposizione del comma settimo dell'articolo 172 del T.u.i.r. avrebbe previsto solo uno dei due limiti, ossia quello concernente la vitalità societaria.

Tutto ciò premesso, si ritiene che detta società non presenti problemi di redditività considerato i risultati in termini di utili civilistici e fiscali conseguiti negli ultimi anni.

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 maturate da società partecipanti alla fusione, la cui attività economica sia ormai inesistente.

In conclusione, per le motivazioni sopra esposte, si ribadisce che nella fattispecie in esame, salvo le eccezioni sopra rappresentate, 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 DIRETTORE CENTRALE

(firmato digitalmente)