

*Divisione Contribuenti**Direzione Centrale Piccole e medie imprese***Risposta n. 465**

OGGETTO: Articolo 172, comma 7 del TUIR di cui al d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917
- Disapplicazione limiti al riporto delle perdite fiscali delle società partecipanti ad una fusione inversa

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

QUESITO

La società con la presente istanza interpello chiede il riesame dell'interpello disapplicativo presentato in data, nel quale veniva illustrata l'operazione di fusione inversa avvenuta in data .. dicembre 2018, della controllante Alfa S.p.A. (costituita con atto del ... maggio 2018) in Beta.

In particolare nel primo interpello presentato, Beta chiedeva la disapplicazione dell'articolo 172, comma 7, del TUIR, in relazione alle perdite fiscali, agli interessi passivi e all'eccedenza ACE riportabili, maturati da Alfa nel periodo intercorrente dall'inizio del periodo di imposta alla data di effetto fusione, nel presupposto che alla società Alfa oggetto di fusione inversa essendo una società neocostituita, non risultava applicabile il test disposto dal citato articolo 172, comma 7 del TUIR.

In particolare la società istante ha dichiarato di aver proceduto in data 17 dicembre 2018 alla fusione inversa per incorporazione della società Alfa Spa, "costituita nel mese di maggio 2018 che ha per oggetto sociale [...] la realizzazione

dell'operazione di seguito descritta:

- la ricerca di soci investitori disposti a sottoscrivere un aumento di capitale tra un minimo di Euro ... e un massimo di Euro ...;

- la stipula di uno o più contratti di finanziamento per un importo complessivo fino ad un massimo tra Euro ... e il capitale sociale versato dai soci fondatori e i soci investitori al fine di finanziare l'acquisto del 50% delle azioni di una società target (la Beta);

- l'acquisto del 50% delle azioni della Beta;

- la fusione per incorporazione nella Beta;

- l'IPO della Beta su AIM Italia con l'obiettivo di una raccolta sufficiente a ripianare (anche parzialmente) il debito derivante dal finanziamento sopra richiamato. La fusione (inversa) rappresenta il logico epilogo dell'acquisizione della Beta, necessario anche a garantire il rientro, per i creditori, dell'esposizione debitoria.""

Più precisamente la società Beta S.p.A. chiedeva il riconoscimento del riporto di "eccedenze di interessi passivi per Euro XXXX, di perdite per Euro XXX e dell'eccedenza ACE per Euro XXXX", maturate in capo a Alfa S.p.A.

Con l'istanza di riesame del precedente interpello, rigettato perché mancante di indicazioni circa le compagini sociali e la sussistenza di un effettivo "change of control", nonché delle ragioni economiche e delle finalità extra-fiscali dell'operazione, la società ha fornito le seguenti precisazioni.

In particolare ha fatto presente che prima dell'ingresso di Alfa, il capitale sociale di Beta, composto da 5.000.000 di azioni, era così ripartito:

- Beta Caio, titolare di xxxx azioni (42,75%);

- Beta Sempronio, titolare di xxxx azioni (7,25%);

- Beta Mevio, titolare di xxxxx azioni (42,75%);

- Beta Tizio, titolare di xxxx azioni (7,25%).

Le anzidette persone fisiche sono riferibili a due rami familiari. Il ramo A, composto da Beta Caio e Sempronio (tra di loro fratelli), titolari del 50% della Società,

e il ramo B, composto da Beta Mevio e Tizio (tra di loro fratelli), a loro volta titolari del rimanente 50%. I membri dei rami A e B sono tra loro cugini.

La conduzione della Società era poi affidata ai due fratelli dei rami familiari, Caio e Mevio, che ricoprivano rispettivamente la carica di Presidente e Vice Presidente del Consiglio d'Amministrazione, nonché di Amministratori Delegati.

L'istante prosegue facendo presente che nel corso degli ultimi anni la strategia di sviluppo industriale della Società dei due rami familiari si è profondamente differenziata, portando ad una spaccatura tale da compromettere l'ordinaria operatività della Beta. In particolare, l'equa suddivisione del capitale sociale tra i due rami rendeva impraticabile l'adozione di una linea d'azione che non fosse condivisa da entrambi i soci, con conseguente paralisi della Società nel caso sorgessero dei contrasti non risolvibili. In un mercato fortemente dinamico, dove è necessario rispondere prontamente ed efficacemente alle continue e rapide modifiche dello scenario economico, tale modello di governance non era più sostenibile.

Pertanto, il socio Caio Beta e i top manager della Società hanno ritenuto opportuno consentire il superamento dell'originaria compagine sociale, individuando un socio di maggioranza, rafforzando il modello di governance e consentendo l'ingresso diretto dei key manager nel capitale sociale.

Tale operazione era propedeutica al successivo sviluppo del business e al reperimento di risorse finanziarie attraverso un percorso finalizzato alla quotazione della Società nel mercato AIM.

Il primo obiettivo, è stato realizzato ponendo in essere un'operazione di riorganizzazione così strutturata:

- acquisto, da parte di Alfa - la newco appositamente costituita e partecipata dai key manager e terzi investitori - delle azioni possedute da Mevio e Tizio Beta;
- fusione inversa di Alfa in Beta.

Come precisato nella documentazione integrativa la costituzione della newco si è resa necessaria per vari motivi, innanzitutto, per superare la compagine iniziale al fine

di giungere ad un socio di maggioranza. Un eventuale conferimento diretto di Euro XXXXX (pari al patrimonio netto di Alfa) direttamente in Beta (pari a circa il 6 per cento del valore intero della società) avrebbe avuto come risultato quello di annacquare ulteriormente il capitale sociale senza portare ad un socio di maggioranza. Inoltre, perché il prezzo fissato per l'acquisto delle azioni dei fratelli Beta pari a euro XXXXX non poteva essere corrisposto autonomamente dai soli key manager. Pertanto, gli stessi hanno agito per: i) ricercare ulteriori investitori; ii) reperire risorse da parte di terzi finanziatori. A tal fine la creazione di Alfa S.p.A consentiva, da un lato, di avere il pieno controllo delle risorse finanziarie apportate dagli investitori e, dall'altro, di garantire loro la retrocessione dell'investimento nel caso in cui gli obiettivi sopra descritti non venissero raggiunti. I soci fondatori della newco erano i key manager e agli investitori ammessi nella compagine sociale venivano assegnate azioni con particolari diritti. In questo modo i key manager ottenevano immediatamente la disponibilità della liquidità conferita dagli investitori, annullando il rischio che gli stessi potessero retrocedere all'ultimo minuto dall'affare; gli investitori sono stati tutelati garantendo loro il diritto di recesso nel caso in cui l'operazione non fosse stata portata a compimento in tutte le sue fasi.

La costituzione di Alfa è stata altresì una scelta obbligata anche al fine di ottenere il finanziamento da parte della banca. Nella documentazione integrativa l'istante precisa che la richiesta di finanziamento per acquistare le azioni dei soci uscenti non è stata fatta dalla società Beta bensì da Alfa perché lo schema dell'operazione prevedeva proprio la costituzione di una newco, pertanto Beta non era coinvolta nell'operazione di compravendita delle azioni e non necessitava, quindi, di chiedere alcun finanziamento. Peraltro, agendo in tal modo avrebbe violato l'articolo 2358 del codice civile. Inoltre l'istante precisa che i terzi investitori della Alfa non sono in alcun modo riconducibili ai soggetti cedenti le partecipazioni nella società Beta.

A proposito dell'erogazione del finanziamento a Alfa, l'istante fa presente che la

successiva fusione inversa della stessa in Beta, rappresentava un passaggio imposto dal finanziatore in quanto in tale modo il credito risulta maggiormente garantito. Al riguardo la società osserva che non era possibile garantire un credito di tale ammontare con il solo patrimonio della Alfa, che aveva come unico asset la partecipazione del 50 per cento in Beta, pertanto, è stato necessario, far confluire il debito nella Beta, con la fusione di Alfa in Beta, che quindi risponderà dell'obbligazione anche con il proprio patrimonio formato, tra l'altro, di immobili.

La fusione ha peraltro consentito a Caio Beta di diventare socio di maggioranza della Società, realizzando un "change of control" rispetto alla situazione ex ante.

Nella documentazione integrativa prodotta l'istante ha confermato la definitiva fuoriuscita dalla società dei sig. Beta, ed ha precisato, inoltre, che il pagamento delle azioni acquistate dagli stessi è avvenuto tramite bonifico bancario e che il valore del prezzo di vendita corrisponde alla quota parte di valore economico di mercato della società Beta ante fusione. Sempre nella documentazione integrativa l'istante precisa che i soci uscenti hanno effettuato la cessione delle azioni anziché recedere in quanto non si rientrava tra i casi di cui all'articolo 2347 del codice civile.

L società istante fa presente ancora che a seguito della fusione Beta Caio detiene una quota del 77,98 per cento di Beta (direttamente e tramite la propria controllata Gamma S.r.l.), mentre le rimanenti azioni sono detenute dai key manager della Società ovvero da soggetti investitori della ex Alfa.

Poiché prima della fusione il Sig. Beta Caio deteneva il 42,75 per cento della società, ed ora il 77,98 per cento, nella documentazione integrativa l'istante precisa che la suddetta differenza di percentuale deriva dal rapporto di concambio determinato pattiziamente dai soci in sede di fusione.

Infine, con riferimento all'obiettivo rappresentato dalla quotazione all'AIM, la società ha fatto presente che il processo di quotazione si è concluso con successo, come dimostrato dal Documento di ammissione alla quotazione emesso da Borsa Italiana.

La quotazione è un evento estremamente significativo per le società che ne sono interessate, in quanto consente loro di rafforzarsi sia sotto un profilo patrimoniale - con la raccolta di nuovo capitale di rischio e l'accesso a canali di finanziamento alternativi al semplice finanziamento bancario - sia sotto un profilo di governance - data la necessità di sottostare ai vincoli imposti dal mercato AIM.

L'istante evidenzia la natura extra fiscale dell'intera operazione, con l'individuazione di un socio di maggioranza, l'entrata del management nel capitale sociale e la quotazione al segmento AIM di Borsa Italiana. In relazione a quanto precede l'istante chiede di confermare l'integrale riportabilità delle perdite fiscali, dell'eccedenza di interessi passivi e dell'eccedenza ACE maturate da Alfa S.p.a., derivanti esclusivamente dalla costituzione di quest'ultima e dall'acquisto mediante indebitamento delle partecipazioni detenute dai sig. Beta.

SOLUZIONE INTERPRETATIVA PROSPETTATA DAL CONTRIBUENTE

L'istante ritiene che alla luce dei chiarimenti resi nell'istanza circa la dimostrazione che nella fattispecie ci sia stato un effettivo "change of control" e che siano state precisate le ragioni economiche e le finalità extra-fiscali dell'operazione, la disposizione normativa di cui all'articolo 172, comma 7, del TUIR possa essere disapplicata.

Pertanto, la società può riportare le perdite fiscali, l'eccedenza di interessi passivi e di ACE generatisi in capo alla società incorporata Alfa S.p.a.

PARERE DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE

In via preliminare si precisa che la presente risposta esprime esclusivamente un parere in merito alla richiesta di disapplicazione della norma antielusiva posta dal comma 7 dell'articolo 172 del Tuir relativamente al riporto, ad opera della società

Beta, delle perdite fiscali, degli interessi passivi e delle eccedenze ACE conseguiti dalla società Alfa, così come precisato nell'istanza, senza che ciò implichi o presupponga un giudizio: (i) sulla sussistenza, inerenza e congruità di tali elementi; (ii) sull'elusività della complessiva operazione di riorganizzazione rappresentata o sui singoli atti e negozi attraverso i quali si è attuata.

Con la presente istanza, la società Beta S.p.A. chiede la revisione della risposta resa all'istanza di interpello n. ... che ha avuto ad oggetto la richiesta circa il preventivo riconoscimento della non applicazione delle limitazioni di cui all'articolo 172, comma 7, del TUIR, all'operazione di fusione per incorporazione della società Alfa S.p.A.

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 (cfr. la circolare n. 9/E del 9 marzo 2010).

La disposizione in esame richiede, quindi, 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 (cfr. 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 (cfr. la citata risoluzione n. 143/E del 2008).

Con riferimento al caso di specie, si osserva che l'istante nella documentazione integrativa precisa di aver realizzato una fusione alla quale non si applica la procedura di cui all'articolo 2501-bis del codice civile, che disciplina il caso in cui si realizzi una fusione tra società una delle quali abbia contratto debiti per acquisire il controllo dell'altra, in quanto, la società incorporata non ha acquisito il controllo dell'incorporante.

Tanto premesso si osserva che nella fattispecie rappresentata le disposizioni contenute nel comma 7 dell'articolo 172 del TUIR, esaminate con riferimento alla società incorporata (Alfa), non consentirebbe il riporto delle posizioni soggettive maturate "eccedenze di interessi passivi per Euro XXXX, di perdite per Euro XXXX e

dell'eccedenza ACE per Euro XXXX". Ciò in quanto, Alfa è stata costituita in data .. maggio 2018, quale veicolo per la realizzazione dell'operazione di MLBO in parola, prima della fusione avvenuta in data .. dicembre 2018, non ha né i componenti di reddito previsti dalla norma ai fini della verifica della vitalità economica, ovvero ricavi e proventi dell'attività caratteristica e spese per lavoro subordinato e contributi, 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 Alfa, stante la natura di società neocostituita della medesima.

A tal riguardo si rammenta che l'Agenzia con 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 Alfa di cui si chiede il riporto (euro XXXX), in linea con quanto sostenuto dall'istante, appaiono integralmente riferibili all'operazione di MLBO, considerato che - a fronte di una totale assenza di ricavi e altri proventi - Alfa risulta aver sostenuto costi costituiti quasi integralmente da interessi passivi indeducibili pari a Euro XXXX a fronte di costi totali per Euro XXXXX per spese prestazioni di lavoro autonomo Euro XXXX, consulenze notarili Euro XXXX, contributo cassa previdenziale lavoro autonomo Euro XXX ed altri oneri diversi.

Pertanto la stessa ai fini del più volte richiamato articolo 172, comma 7 e in base alle precisazioni contenute nella citata circolare n. 6 del 2016, può considerarsi vitale.

Ai fini del test di vitalità della società incorporante Beta si rappresenta che dai

dati forniti dalla medesima società, riferiti al periodo 1° gennaio 2018 - 31 dicembre 2018 (fusione avvenuta in data .. dicembre 2018) lo stesso risulta superato.

In particolare nel periodo 2017: i "Ricavi delle vendite e delle prestazioni" pari a Euro XXXX risultano superiori al 40 per cento della media dei ricavi degli esercizi 2015-2016 pari a XXXXX e le "Spese per salari e stipendi" pari a Euro XXXX risultano superiori al 40 per cento della media delle spese per salari e stipendi degli esercizi 2015-2016 pari a Euro XXXX; nel periodo 2018: i "Ricavi delle vendite e delle prestazioni" pari a Euro XXXXX risultano superiore al 40 per cento della media dei ricavi degli esercizi 2016-2017 pari a XXXXX e le "Spese per salari e stipendi" pari a Euro XXXX risultano superiori al 40 per cento della media delle spese per salari e stipendi degli esercizi 2016-2017 pari a Euro XXXX.

In relazione a quanto precede e 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 (Beta e Alfa) 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 Beta e di Alfa 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)