

**Risposta n. 235/2022**

**OGGETTO:** Disapplicazione articolo 172, comma 7, del TUIR in caso di MLBO

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

**QUESITO**

Si premette che la società istante è stata costituita l'11 giugno del 2009 con la denominazione di B Holding S.p.A.; nel luglio del 2009, ha acquisito il 100 per cento delle quote dell'I S.p.A., e, nel gennaio del 2010, il 100 per cento delle quote di A S.r.l., in precedenza controllate dal gruppo statunitense X; a seguito della incorporazione, avvenuta nel 2011, delle due società menzionate neo acquisite, ha mutato la propria denominazione sociale in B S.r.l.. Il 24 settembre 2018, si è trasformata in "società per azioni" assumendo la denominazione di B S.p.A. (da ora, anche, "B" o "la Società").

La Società è attualmente attiva nella commercializzazione, nel mercato italiano di specialità farmaceutiche per uso umano, ed opera in diverse aree terapeutiche con prodotti efficaci nel trattamento delle malattie diffuse nei paesi occidentali, in gran parte rimborsati dal Servizio Sanitario Nazionale.

Tra il 2018 e il 2019, la Società ha partecipato ad una operazione di *merger leveraged buy-out* (MLBO), in qualità di *target*, secondo le modalità di seguito

descritte.

Dal 1° gennaio 2018 - e sino al 26 novembre 2018 - il capitale sociale di B era detenuto dai seguenti azionisti (di seguito, anche, i "Venditori"):

- B1, 65,55%;
- sign B2, 21,53%;
- sign B3, 12,92%.

La C S.A. è una società, che l'istante dichiara essere terza rispetto ai Venditori, con sede in Lussemburgo, controllata dal fondo di *private equity* francese "D", gestito dalla società di gestione francese "E" con sede in Parigi-Francia. Il 5 luglio 2018, C ha sottoscritto con i Venditori specifici accordi di investimento dando seguito alle operazioni di seguito descritte.

Il 25 ottobre 2018, C ha costituito la società di diritto italiano H Holding S.p.A. (di seguito "H Holding") con sede legale in Milano (MI) e capitale sociale di euro 50.000 interamente versato. Il 5 novembre 2018 H Holding ha acquistato, da soggetti terzi rispetto al gruppo H (i sig.ri .....), l'intera quota di partecipazione al capitale sociale di T S.r.l. (di seguito, "T" oppure anche, "BidCo H" considerata la successiva modifica della denominazione sociale in BidCo H S.r.l.) che sarà destinata ad essere utilizzata quale veicolo per l'acquisizione del controllo di B. L'istante precisa che T fu costituita il 3 dicembre 2012 come *start-up* innovativa ai sensi del DL 179/2012 al fine di svolgere attività di gestione di una piattaforma informatica tramite la quale organizzare la compravendita di beni e servizi; questa iniziativa, però, non è mai stata intrapresa e, pertanto, al momento della compravendita delle quote sociali, la società non vantava attività o passività rilevanti. Il 20 novembre 2018, l'assemblea straordinaria dei soci di H Holding ha deliberato i seguenti due aumenti di capitale in via scindibile:

- (Primo Aucap H Holding) aumento di capitale per complessivi euro 112.950.000 da offrire in sottoscrizione ad C (530.000 azioni di categoria A) ed a B1 (550.000 azioni di categoria B);

- (Secondo Aucap H Holding) aumento di capitale per complessivi euro 174.000.000, da offrire in sottoscrizione al socio di maggioranza C.

Il Primo Aucap H Holding è stato sottoscritto e versato il 23 novembre 2018 da C e il 26 novembre 2018 da B1 che, così, è entrata a far parte della compagine sociale di H Holding versando euro 57.520.833. Il Secondo Aucap H Holding è stato sottoscritto e versato da C il 29 gennaio 2019.

A seguito dei descritti aumenti di capitale, il capitale della H Holding, dai 50.000 euro iniziali (capitale sociale) si è incrementato fino ad euro 287.000.000. Conseguentemente, la compagine sociale di H Holding si è evoluta in questo modo:

- Azionisti dal 26 novembre 2018 al 28 gennaio 2019, dopo il primo aumento di capitale (C S.A.: 51,33%; B1 S.p.A.: 48,67%);
- Azionisti dal 29 gennaio 2019 dopo il secondo aumento di capitale (C S.A.: 80,84%; B1 S.p.A.: 19,16%).

Il 20 novembre 2018, l'assemblea straordinaria dei soci della T S.r.l. ha deliberato: la citata modifica della denominazione sociale in BidCo H S.r.l., la trasformazione progressiva da "società a responsabilità limitata" in "società per azioni" con conseguente aumento del capitale sociale da euro 10.000 ad euro 50.000 sottoscritto e interamente versato dal socio unico H Holding, l'adozione di un nuovo statuto sociale (che ha previsto, in particolare, la proroga della durata della società e la modifica dell'oggetto sociale). Inoltre, al fine di dotare BidCo H (*ex* T S.r.l.) di parte delle risorse finanziarie necessarie per poter effettuare l'acquisto delle azioni di A, è stato altresì deliberato l'aumento del capitale in via scindibile (capitale sociale e sovrapprezzo, con il primo che passa da euro 50.000 a euro 3.020.000).

In particolare, sono stati deliberati:

- (Primo Aucap BidCo) un aumento di capitale a pagamento per un totale di euro 127.950.000 mediante l'emissione di azioni offerte in sottoscrizione al socio unico H Holding, per un importo di nominali euro 1.230.000, con sovrapprezzo di euro 126.720.000 da sottoscrivere entro il 31 dicembre 2018;

- (Secondo Aucap BidCo) un aumento di capitale a pagamento per un totale di euro 174.000.000 mediante l'emissione di azioni offerte in sottoscrizione al socio unico H Holding, per un importo di nominali euro 1.740.000, con sovrapprezzo di euro 172.260.000 da sottoscrivere entro il 30 giugno 2019.

Il Primo Aucap BidCo e il Secondo Aucap BidCo sono stati sottoscritti e versati da H Holding rispettivamente il 26 novembre 2018 e 7 febbraio 2019. A seguito dei due aumenti di capitale il capitale complessivo è risultato essere di euro 302.000.000.

Il Primo Aucap BidCo è superiore rispetto al Primo Aucap H Holding di un importo di euro 15.000.000, pari al finanziamento concesso da B1 in favore di H Holding e versato da quest'ultima a BidCo H come equity.

In merito alla operazione di Acquisizione, questa è stata finanziata da BidCo H ricorrendo ai mezzi propri per circa Euro 302.000.000 e ad un finanziamento bancario a medio-lungo termine ("Finanziamento") messo a disposizione da un pool di banche composto da "BNP Paribas, Succursale Italia", "Natixis S.A. - Succursale di Milano", "UBI Banca S.p.A.", "Unicredit S.p.A.", "Crédit Agricole Corporate and Investment Bank - Milan Branch" e "Banca Ifis S.p.A." in qualità di "Senior Arrangers" e "Unicredit Bank AG, Milan Branch" in qualità di "Senior Facility Agent" e "Senior Security Agent" (le "Banche"), al quale ha aderito anche H Holding in qualità di beneficiaria, articolato in diverse linee di credito (*Senior Facilities*) funzionalmente concesse per l'acquisto della partecipazione in A, per il pagamento degli oneri correlati all'acquisizione ed al finanziamento delle esigenze correnti di gruppo, per un importo complessivo di Euro 250.000.000, così composto:

1. Senior Facility B, finanziamento a lungo termine, a favore di BidCo H, per un ammontare complessivo di euro 225.000.000;

2. Multicurrency Revolving Credit Facility, finanziamento di tipo revolving a medio-lungo termine a favore di A, fino ad un ammontare massimo di euro 25.000.000.

Il Finanziamento è stato garantito da: pegno sul 100% delle azioni di A, pegno

sul 100% delle azioni di BidCo H, pegno su alcuni conti correnti di BidCo H, cessione di crediti in garanzia attraverso il quale BidCo H cede in garanzia tutti i crediti derivanti dai contratti aventi ad oggetto l'acquisizione di A.

L'istante dichiara che gli oneri generati dal Finanziamento sono gli unici oneri finanziari sostenuti da BidCo H, a fronte dei quali, si sono generate le eccedenze di interessi passivi indeducibili e le perdite fiscali di cui si chiede il riporto.

Bidco H ha acquisito la partecipazione in A per un corrispettivo totale di circa euro 511.000.000 così suddiviso:

- in data 26 novembre 2018 con l'acquisto da B1 di una quota azionaria del 65,55%, per un prezzo di circa euro 335.000.000, e

- in data 7 febbraio 2019 con l'acquisto dai signori B2 e B3 della restante quota azionaria del 34,45% per un prezzo di circa euro 176.000.000.

Al predetto corrispettivo vanno aggiunti gli oneri correlati all'acquisizione per circa euro 15.400.000, per un investimento complessivo di circa euro 526.400.000.

In base a quanto descritto, l'istante dichiara che, il 26 novembre 2018, si è verificato un cambio del controllo di A. Il cambio di controllo è avvenuto in quanto l'acquisto della quota azionaria del 65,55% del capitale sociale di A da parte di BidCo H, è avvenuto quando C era titolare della quota azionaria del 51,33% del capitale sociale di H Holding. Pertanto, C acquisisce il controllo indiretto di A ai sensi dell'articolo 2359 c.c..

Il Gruppo A dopo l'Acquisizione e prima della Fusione prevede la partecipazione, di C (81%) (che non aveva e non ha alcun rapporto partecipativo con nessuno dei precedenti soci di A) e B1 (19%), nella H Holding che possiede al 100% la BidCo H che, a sua volta, ha acquistato la A al 100%.

Nel corso del mese di marzo 2019, è stato avviato il processo di fusione inversa per incorporazione della controllante BidCo H in A. La Fusione è stata effettuata nel rispetto delle previsioni di cui all'articolo 2501-*bis* c.c., rubricato "fusione a seguito di acquisizione con indebitamento".

Il 21 maggio 2019, le assemblee straordinarie dei soci di BidCo H e A hanno deliberato l'approvazione della fusione inversa.

In data 23 luglio 2019, BidCo H e A hanno sottoscritto l'atto di fusione. Gli effetti giuridici della fusione sono decorsi dal 1° agosto 2019, mentre quelli contabili e fiscali sono stati retrodatati al 1° gennaio 2019.

Dal punto di vista fiscale, nel periodo d'imposta 2018 e fino alla data di efficacia giuridica della Fusione, A non ha conseguito né accumulato perdite fiscali e/o eccedenze di interessi passivi e/o eccedenza ACE riportabile.

Diversamente, la BidCo H, tra la data dell'Acquisizione e la data di efficacia giuridica della Fusione ha conseguito perdite fiscali, eccedenza di interessi passivi ed eccedenza ACE.

Come detto, Bidco H è stata costituita, dai precedenti soci, nel 2012 al fine di svolgere una iniziativa mai intrapresa, in ambito informatico; il 5 novembre del 2018, la H Holding ha acquistato il 100% del capitale di BidCo H, con lo scopo di utilizzare la società quale veicolo per la successiva acquisizione del controllo di A. Sono stati, altresì, deliberati la modifica della denominazione sociale della società (da T S.r.l. a BidCo H S.r.l.) e la modifica del suo oggetto sociale al fine di prevedere che la società non svolgesse più attività in ambito informatico, bensì la produzione e distribuzione di specialità farmaceutiche.

Alla luce di quanto esposto, Bidco H ha ritenuto che le perdite fiscali, pari a euro 10.917, unitamente alle eccedenze ACE, pari a euro 3.874, accumulate dalla data della costituzione e fino al 5 Novembre 2018 (data in cui è avvenuto il cambio di controllo di T a favore di C), dovessero soggiacere alle limitazioni alla loro riportabilità previste dall'articolo 84, comma 3, del TUIR e, pertanto, non provvederà al riporto.

Per quanto concerne, invece, le perdite fiscali e le eccedenze di interessi passivi maturate da Bidco H successivamente al 5 novembre 2018 e fino al giorno antecedente la data di efficacia della Fusione (31 luglio 2019), pari a complessivi euro 8.961.391, l'istante rileva il mancato superamento del test del patrimonio netto e la non

significatività del test di vitalità, previsti dal citato articolo 172, comma 7, del TUIR.

In merito agli interessi passivi indeducibili ed alle perdite fiscali di BidCo H richieste, l'istante precisa che queste sono afferenti al finanziamento ottenuto da BidCo H per realizzare la menzionata operazione di MLBO, e non si riferiscono a perdite/interessi rivenienti da precedenti periodi d'imposta.

Le eccedenze ACE pregresse di BidCo H, di cui A chiede il riporto, pari ad euro 1.734.866, derivano interamente dalla base ACE formatasi nel periodo di riferimento per effetto dei versamenti in denaro dovuti a seguito della trasformazione in società per azioni di BidCo, del Primo Aucap BidCo e del Secondo Aucap BidCo.

Al riguardo, l'istante intende adeguarsi al Principio di Diritto n. 1/2019, pubblicato dall'Agenzia delle Entrate in data 29 Gennaio 2019, che ha stabilito che, nell'ambito di un'operazione di MLBO, gli eventuali re-investimenti effettuati da soggetti già direttamente o indirettamente soci della target (nel caso di specie i Venditori) non possono essere agevolabili in quanto *"nonostante l'operazione di re-investimento realizzi un incremento patrimoniale della società-veicolo in termini di patrimonio netto, la stessa non determina l'immissione di nuove risorse finanziarie, violando in tal modo la ratio ispiratrice della disciplina dell'ACE"*.

Per questo motivo, nell'ambito della dichiarazione dei redditi per l'anno d'imposta 2018 di Bidco H e H Holding, l'istante ha sterilizzato, ai fini del calcolo del beneficio ACE, il reinvestimento fatto dal precedente socio di A, B1.

Alla luce di quanto sopra esposto, la società Istante, chiede l'accoglimento della richiesta di disapplicazione delle disposizioni antielusive di cui all'articolo 172, comma 7, del TUIR, relativamente alle perdite fiscali di euro 138.371, all'eccedenza di interessi passivi di euro 7.088.255 e all'eccedenza ACE di euro 1.734.866 conseguite da BidCo H dal 5 novembre 2018 (i.e., data di Acquisizione) e fino alla data di efficacia giuridica della Fusione.

**SOLUZIONE INTERPRETATIVA PROSPETTATA DAL CONTRIBUENTE**

L'istante ritiene che l'operazione descritta non costituisca una operazione elusiva, ma la mera applicazione della disposizione prevista dall'articolo 2501-bis del c.c.. In particolare, a fondamento della propria tesi riporta i seguenti motivi:

- la concatenazione negoziale illustrata rappresenta una tecnica operativa largamente utilizzata dai fondi di investimento per perseguire il proprio oggetto sociale, tale per cui nessun comportamento "elusivo" potrebbe essere ipotizzato al riguardo (tale principio ha trovato chiaro riconoscimento nella citata Circolare n. 6/E del 30 marzo 2016 e in numerose sentenze della Corte di Cassazione, tra le quali si ricordano le sentenze 14.01.2015 n. 439, 9.08.2016, n. 16675 e 16.01.2019 n. 868);

- l'operazione di fusione si è inserita nell'ambito di un più ampio progetto di crescita e razionalizzazione societaria che ha avuto inizio nel 2018 con l'ingresso nella compagine sociale di un nuovo socio istituzionale in grado di apportare specifiche competenze in materia finanziaria, dotato di rilevanti risorse finanziarie e di un esteso network internazionale. La fusione ha comportato ulteriori benefici sotto il profilo economico e finanziario permettendo in particolare di ridurre i costi connessi alla gestione dell'attuale doppia struttura, tra cui figurano i costi degli organi amministrativi, del collegio sindacale, della società di revisione e dei consulenti che prestano/hanno prestato assistenza fiscale/societaria continuativa alle due società;

- la BidCo H pone in essere l'acquisizione di A proprio al fine di crescere in questo business, anche mediante le competenze e le risorse finanziarie apportate dai nuovi investitori. La società, quindi, sarebbe in procinto di rafforzare la propria attività economica;

- il fatto che gli originari soci della Società, pur avendo ceduto il controllo di A, abbiano reinvestito i proventi della cessione e siano entrati a far parte, come soci di minoranza, nella compagine societaria di H Holding non può essere ritenuto come uno "specifico profilo di artificiosità dell'operazione" in quanto, di fatto, il controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. sul capitale sociale di A, originariamente facente capo ai

Venditori è passato ad un altro soggetto (i.e. C);

- in base alla Circolare 30.03.2016 n. 6/E, in riferimento al limite del patrimonio netto ex art. 172 co. 7 del TUIR, "*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*".

Nel caso prospettato, in particolare, l'istante sostiene che i versamenti effettuati dai soci di BidCo H nel corso del 2018 e 2019, al fine di sottoscrivere ed integralmente liberare gli aumenti di capitale deliberati il 20 novembre 2018 (di complessivi euro 301.990.000), non possono soggiacere alla normativa antielusiva di cui al citato articolo 172 co. 7 del TUIR (ovvero al limite del patrimonio netto risultante dall'ultima situazione patrimoniale di BidCo H, decurtato dai conferimenti degli ultimi 24 mesi), posto che tali incrementi patrimoniali, oltre ad essere assolutamente sovrabbondanti rispetto alle perdite fiscali ed agli interessi passivi di cui si chiede il riporto (e quindi non tali da far pensare ad utilizzo "malizioso" dei citati versamenti), sono stati effettuati al solo scopo di dotare BidCo H delle risorse finanziarie necessarie per effettuare l'acquisizione di A e non per permettere la riportabilità delle perdite fiscali e degli interessi passivi; il test di vitalità di cui all'articolo 172 comma 7 del TUIR, nel caso di specie, non potrebbe trovare applicazione, in quanto, fino al 2018 BidCo H, costituita nel 2012, non ha mai avuto dipendenti e non ha realizzato ricavi generati dalla propria attività caratteristica, a causa della sostanziale inoperatività, né potrebbe trovare applicazione nel periodo compreso tra il 5 Novembre 2018 (data di acquisto della partecipazione) ed il 1° Agosto 2019 (data di efficacia giuridica della Fusione) poiché in tale periodo A non ha distribuito dividendi. Non sarebbe, quindi, possibile né eseguire un raffronto con gli esercizi precedenti, né configurare un depotenziamento dell'attività operativa.

**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, nonché la corretta determinazione e quantificazione delle posizioni soggettive fiscali 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 stesse.

Al riguardo, sulla base della documentazione presentata, si ritiene che l'istante, nella determinazione della base ACE, e per evitare le duplicazioni che il principio di diritto citato intende evitare, debba sterilizzare non soltanto l'ACE riconducibile all'equity proveniente dal socio B1, ma anche l'ACE riconducibile all'equity derivante dal finanziamento B1 di euro 15.000.000. A parte le valutazioni appena effettuate con riferimento all'ACE, 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.

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 Testo Unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917 (TUIR).

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. Con l'introduzione dell'articolo 2501-*bis* del codice civile - che recepisce i principi contenuti nella legge delega per la riforma del diritto societario, *ex* articolo 7, comma 1, lettera d), della Legge 3 ottobre 2001, n. 366 - il legislatore ha riconosciuto 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 ed, in particolare, all'utilizzo delle risorse finanziarie esistenti nel patrimonio della società target. 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 BidCo H) la quale ha contratto debiti bancari dedicati all'acquisizione e all'unico scopo di acquistare la società *target* la quale, successivamente, ha incorporato quest'ultima (c.d. fusione inversa).

Dal punto di vista fiscale, viene in rilievo la norma antielusiva di cui all'articolo 172, comma 7, del TUIR di cui l'istante chiede la disapplicazione in relazione alle seguenti posizioni soggettive, tutte riconducibili alla operazione di acquisizione realizzata:

- a) Periodo dal 05.11.2018 al 31.12.2018 (Totale 1.206.154):
  - o Interessi passivi 1.107.009; Perdite fiscali 0; Ace 99.145
- b) Periodo dal 01.01.2019 al 31.07.2019 (Totale 7.755.33):
  - o Interessi passivi 5.981.246; Perdite fiscali 138.371; Ace 1.635.721.

In merito agli interessi passivi, secondo quanto dichiarato, si tratta di quelli maturati in capo all'incorporata BidCo H sulle linee di credito onerose aperte con le banche, dedicate a finanziare la precedente acquisizione della partecipazione totalitaria in A. Detti interessi passivi, in mancanza di interessi attivi ed in presenza di un ROL negativo, sono indeducibili per la SPV ai sensi dell'articolo 96 del TUIR.

La perdita fiscale è conseguita dall'incorporata stessa in relazione a voci di spesa riconducibili ai costi per servizi (cfr. voce di bilancio CE B7) relativi a consulenze, a compensi spettanti all'organo di revisione e di controllo, a spese di vidimazione e commissioni bancarie (mentre gli oneri finanziari risultano, per l'appunto, fiscalmente indeducibili).

Al riguardo, come detto, l'istante ha dichiarato che gli oneri generati dal Finanziamento sono gli unici oneri finanziari sostenuti da BidCo H, a fronte dei quali si sono generate le eccedenze di interessi passivi indeducibili e le perdite fiscali di cui si chiede il riporto.

La disposizione citata prevede che le perdite fiscali pregresse, gli interessi passivi indeducibili e le eccedenze di ACE delle società che partecipano alla fusione possano essere "utilizzate" dalla società risultante dalla fusione, ovvero dall'incorporante, 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 versamenti fatti negli ultimi 24 mesi anteriori alla data cui si riferisce la situazione stessa.

Con riferimento all'*an* del diritto al riporto, inoltre, lo stesso comma 7 dell'articolo 172 del TUIR fissa dei parametri di vitalità economica della società che riporta la perdita e/o gli interessi passivi indeducibili e/o l'eccedenza di ACE, destinati ad individuare se tale soggetto sia stato depotenziato prima dell'esecuzione dell'operazione.

In particolare, il comma 7 richiede che dal conto economico della società, le cui perdite fiscali pregresse, gli interessi passivi indeducibili e le eccedenze di ACE sono "da riportare", relativo all'esercizio precedente a quello in cui la fusione è stata deliberata, risulti un ammontare di ricavi conseguiti e di spese per prestazioni di lavoro subordinato e dei contributi superiore al 40 per cento di quello risultante dalla media di detti parametri negli ultimi due esercizi.

Ciò induce, in pratica, a verificare che la società non si sia depotenziata nel periodo precedente alla fusione. La *ratio* di tale disposizione è quella di contrastare la realizzazione di fusioni con società prive di una capacità produttiva idonea allo svolgimento di un'attività imprenditoriale profittevole e poste in essere al fine di attuare la compensazione intersoggettiva delle perdite fiscali di una società con i redditi imponibili dell'altra, introducendo, in particolare, un divieto al riporto delle stesse (nonché delle altre posizioni soggettive richiamate) qualora non sussistano quelle minime condizioni di vitalità economica previste dalla norma.

In tal senso, in un'ottica antielusiva, i requisiti minimi di vitalità economica

devono sussistere non solo nel periodo precedente alla delibera di fusione, così come si ricava dal dato letterale, ma devono continuare a permanere fino al momento in cui la fusione viene attuata (cfr. risoluzione 10 aprile 2008, n. 143).

La stessa disposizione, infatti, verrebbe privata della sua portata antielusiva qualora fosse consentito il riporto delle predette posizioni soggettive ad una società che è stata completamente depotenziata nell'arco di tempo intercorrente fra la chiusura dell'esercizio precedente alla delibera di fusione e la data di efficacia giuridica dell'operazione medesima. Nel caso prospettato dall'istante, si evidenzia che l'incorporata BidCo H, pur essendo stata costituita nel 2012, è stata resa effettivamente "operativa" soltanto in occasione dell'operazione di acquisizione con indebitamento descritta, e, perciò, da un lato, non supera i limiti imposti dal citato comma 7 dell'articolo 172 in relazione al limite quantitativo del patrimonio netto (dovendo quest'ultimo essere depurato di tutti i conferimenti e versamenti intervenuti nei 24 mesi anteriori alla situazione patrimoniale di BidCo H assunta nel progetto di fusione) e, dall'altro, il test di vitalità economica non fornisce risultati che possano essere considerati significativi.

L'articolo 11, comma 2, della Legge n. 212 del 27 luglio 2000, in presenza di norme antielusive (come quella prevista dal citato articolo 172, comma 7, TUIR), limitative di posizioni soggettive (quali appunto il diritto a riportare in avanti perdite fiscali pregresse, interessi passivi indeducibili e eccedenze di ACE) altrimenti riconosciute dall'ordinamento, consente la disapplicazione delle stesse ove il contribuente dimostri che nella particolare fattispecie gli effetti elusivi contrastati dalla norma, di cui si richiede la disapplicazione, non possano in alcun modo verificarsi.

In merito al c.d. test di vitalità, va rilevato che qualora la società che intende riportare le perdite non abbia mai svolto effettivamente la sua attività, non è agevole presumere alcun depotenziamento della stessa.

Va da sé che, in questo caso, la società che non ha mai svolto una attività, non può essersi depotenziata rispetto ad un passato in cui la sua attività ancora non esisteva

e ciò escluderebbe la possibilità di indagare sulla vitalità del soggetto. Occorre pertanto riscontrare se 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 Bidco H non è mai stata resa operativa, salvo nel caso della descritta acquisizione in cui è divenuta esclusivamente strumentale all'operazione di MLBO - fattispecie tipica ammessa dal codice civile (cfr. articolo 2501-bis) - conclusasi con la sua incorporazione in A.

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 Bidco H 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 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).

Trattasi, inoltre, di conferimenti/versamenti che si attestano ben oltre la somma di perdita fiscale/interessi passivi indeducibili/eccedenze di ACE di cui l'istante chiede il riporto: altro elemento, questo, che ne corrobora la natura funzionale all'operazione di MLBO.

Giova infine osservare che, per quanto illustrato e documentato nell'istanza, tutte le posizioni soggettive di cui si chiede il riporto sono nate in relazione alla operazione di MLBO e, in particolare, gli interessi passivi sono relativi alle linee di finanziamento ottenute per porre in essere l'acquisto della partecipazione in A, così come la base Ace, come dichiarato, sarà sterilizzata della parte non afferente l'operazione di acquisizione in senso stretto.

Tanto premesso, in virtù di tutto quanto sopra esposto e della citata circolare n. 6/E del 30 marzo 2016, si ritiene che in relazione alla fattispecie oggetto della presente istanza 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, con riserva di riscontro nelle sedi competenti, anche con riguardo alla certezza e corretta quantificazione della perdita fiscale, degli interessi passivi indeducibili e delle eccedenze di ACE.

Si ribadisce che resta impregiudicato, ai sensi dell'articolo 10-bis della legge n. 212 del 2000, ogni potere di controllo dell'Amministrazione Finanziaria volto a verificare se l'intera operazione descritta nell'interpello ed eventuali altri atti, fatti o negozi ad essa collegati e non rappresentati dall'istante si inseriscano in un più ampio disegno elusivo e pertanto censurabile; in particolare, per quanto attiene i profili di artificiosità dell'operazione, qualora all'effettuazione dell'operazione di MLBO abbiano concorso i medesimi soggetti che, direttamente o indirettamente, controllano la società target.

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 a

precedenti MLBO); la fase di exit dall'investimento del Fondo anche tramite le loro 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)**