

# Riportabilità delle perdite nelle fusioni in caso di mancato superamento dei *test di vitalità*

di Paolo Stella Monfredini (\*)

L'Amministrazione finanziaria, in più occasioni, ha avuto modo di autorizzare il riporto di perdite fiscali pregresse, eccedenze di interessi passivi e ACE delle società fuse, anche in casi di mancato superamento dei "test di vitalità" e anche per importi eccedenti i rispettivi patrimoni netti, laddove fosse comunque provata l'assenza di un intento elusivo. La risposta n. 101/2020 si inserisce in tale contesto e riveste particolare interesse in considerazione della condizione in cui si trovavano le due società partecipanti a una fusione inversa nel contesto di un'operazione di *leveraged buy-out*. Possono essere identificati elementi di originalità rispetto alle precedenti risposte fornite dall'Agenzia in relazione ai criteri con cui è stata valutata la vitalità dell'azienda nonché alle motivazioni poste alla base della disapplicazione del limite patrimoniale. Appare ormai acquisito, da parte dell'Amministrazione finanziaria, l'utilizzo di un criterio di interpretazione logico della norma volto a considerare l'intenzione del legislatore. Resta sempre sullo sfondo la valutazione della presenza, o meno, di valide ragioni economiche e organizzative (o comunque extrafiscali) sottese all'operazione straordinaria.

## 1. Premessa

La risposta a interpello n. 101 del 3 aprile 2020 consente di puntualizzare l'orientamento dell'Agenzia delle entrate in merito alla possibilità di riportare le perdite, le eccedenze di interessi passivi e l'ACE delle società fuse (o veicolo in caso di MLBO) anche nei casi in cui non siano superati i c.d. **test di vitalità** previsti dalla norma di cui all'art. 172, comma 7, del T.U.I.R., ma risulti comunque provata l'**assenza di un intento elusivo**.

La risposta n. 101/2020 riveste interesse in funzione della situazione in cui si trovavano le due società partecipanti a una fusione inversa nel contesto di un'operazione di *leveraged buy-out*. In particolare per l'incorporante non erano verificati il requisito patrimoniale e il *test di vitalità*

relativo al periodo interinale. L'incorporata, a sua volta, non rispettava nessuno dei requisiti previsti dall'art. 172, comma 7, del T.U.I.R., trattandosi di società costituita al solo scopo di fungere da veicolo per l'acquisizione della società *target*.

L'Agenzia ha valorizzato la circostanza che, sebbene la società istante non avesse dipendenti, la stessa si fosse avvalsa delle **prestazioni di servizi** fornite da una **terza impresa** (alla quale aveva ceduto un ramo di azienda esternalizzando in tal modo i servizi di gestione tecnica e commerciale degli immobili). In altre parole, alle spese per prestazioni di lavoro subordinato e relativi contributi di cui all'art. 2425 c.c., si sono aggiunti i costi dei servizi esternalizzati. Sulla base di tale valutazione l'Agenzia è giunta alla

(\*) Dottore commercialista e Revisore legale. Studio Societario - Tributario Stella Monfredini, Cremona-Milano.

conclusione che l'attività svolta non avesse subito un depotenziamento.

Un ulteriore elemento di novità contenuta nella risposta in commento è rappresentato dalle motivazioni alla base dell'espressione del parere favorevole dell'Agenzia alla disapplicazione del limite patrimoniale.

L'Amministrazione finanziaria ha quindi applicato un criterio di interpretazione logico della norma volto a considerare l'intenzione del legislatore. L'applicazione della norma da parte dell'Agenzia pare essere conforme anche alle finalità per cui la stessa è stata emanata.

## 2. Norma antielusiva

In materia di **fusioni**, l'art. 172, comma 7, del T.U.I.R., prevede che le **perdite** fiscali delle società partecipanti all'operazione (1) possono essere portate **in diminuzione del reddito della società incorporante** o risultante dalla fusione:

a) 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'art. 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 (2);

b) allorché dal conto economico della società la 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 subordina-

to e relativi contributi, di cui all'art. 2425 c.c. (3), superiore al 40% di quello risultante dalla media degli ultimi due esercizi anteriori (4).

La *ratio* delle limitazioni poste dall'art. 172, comma 7, del T.U.I.R. 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 norma (5).

La disposizione in esame richiede in altre parole 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 (6).

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, ma devono continuare a permanere fino al momento in cui la fusione viene attuata (7); in caso di retrodatazione degli effetti fiscali della fusione, ai sensi del comma 9 dell'art. 172 T.U.I.R., le limitazioni poste dal comma 7 si applicano infatti anche al **risultato negativo**, determinabile applicando le regole ordinarie, che si sarebbe generato in modo autonomo in capo ai soggetti che partecipano alla fusione in relazione al periodo che intercorre tra l'inizio del periodo di imposta e la data antecedente a quella di efficacia giuridica della fusione (8).

(1) Compresa la società incorporante.

(2) Tra i predetti versamenti non si comprendono i contributi erogati a norma di legge dallo Stato e da altri enti pubblici.

(3) Con la risoluzione n. 337/E del 29 ottobre 2002, l'Agenzia delle entrate ha precisato che il richiamo ai ricavi e proventi dell'attività caratteristica e all'ammontare delle spese per prestazioni di lavoro subordinato e relativi contributi devono intendersi riferiti alla lett. A), n. 1), relativa ai ricavi delle vendite e delle prestazioni, e alla lett. B), n. 9, lett. a) e b), che si riferisce ai costi del personale, salari e stipendi e oneri sociali, dell'art. 2425 c.c. Successivamente la risoluzione n. 143/E del 10 aprile 2008 dell'Agenzia delle entrate ha affermato che le voci di conto economico da considerare al fine del calcolo dell'ammontare di ricavi e proventi dell'attività caratteristica siano individuabili in linea generale in tutti quei proventi che in relazione all'attività svolta possano considerarsi "caratteristici". Le società *holding* potranno considerare 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.

(4) Se le azioni o quote della società la cui perdita è riportata erano possedute dalla società incorporante o da altra so-

cietà partecipante alla fusione, la perdita non è comunque ammessa in diminuzione fino a concorrenza dell'ammontare complessivo della svalutazione di tali azioni o quote effettuate ai fini della determinazione del reddito dalla società partecipante o dall'impresa che le ha ad essa cedute dopo l'esercizio al quale si riferisce la perdita e prima dell'atto di fusione.

(5) Cfr. circolare n. 9/E del 9 marzo 2009 e, da ultimo, risposta n. 101 del 3 aprile 2020.

(6) Cfr. risoluzione n. 116/E/ 2006, risoluzione n. 143/E/2008, circolare n. 9/E/2010.

(7) Cfr. la risoluzione n. 143/E/2008.

(8) In altri termini, le perdite *in fieri* (i.e., il risultato negativo di periodo) conseguite tra l'inizio del periodo d'imposta e la data di efficacia giuridica dell'operazione riceveranno un trattamento similare a quello che avrebbero ricevuto in caso di assenza di retrodatazione. La *ratio* della norma, come chiarito dalla circolare 4 agosto 2006, n. 28/E, deve ricondursi alla volontà del legislatore di contrastare quelle operazioni elusive poste in essere al fine di realizzare un utilizzo strumentale di siffatti risultati negativi "di periodo". Tale disposizione, infatti, subordina il diritto al riporto delle suddette perdite "di periodo" alla verifica della sussistenza degli "indici di vitalità econo-

Le stesse limitazioni si applicano anche al trasferimento intersoggettivo delle **eccedenze di interessi passivi** in deducibili oggetto di riporto in avanti di cui all'art. 96, comma 5, T.U.I.R. e delle **eccedenze ACE** di cui all'art. 1, comma 4, del D.L. n. 201/2011.

Le limitazioni poste dall'art. 172, comma 7, del T.U.I.R. nell'ambito delle fusioni, sono richiamate anche per le operazioni di **scissione** dall'art. 173, comma 10, dello stesso Testo Unico, riferendosi alla società scissa le disposizioni riguardanti le società fuse o incorporate e alle beneficiarie quelle riguardanti la società risultante dalla fusione o incorporante ed avendo riguardo all'ammontare del patrimonio netto quale risulta dall'ultimo bilancio o, se inferiore, dal progetto di scissione di cui all'art. 2506-bis del Codice civile, ovvero dalla situazione patrimoniale di cui all'art. 2506-ter del Codice civile. L'ambito applicativo della norma nel contesto delle operazioni di scissione è più limitato in quanto il **rischio di elusione** legato alla **compensazione intersoggettiva delle perdite** sussiste solo nel caso in cui la beneficiaria della scissione preesista alla scissione stessa e non sia, quindi, di nuova costituzione; in quest'ultimo caso (società beneficiaria costituita per effetto della scissione), le limitazioni alla riportabilità recate dall'art. 173, comma 10, del T.U.I.R. non trovano applicazione in relazione alle perdite fiscali trasferite dalla scissa (9).

### 3. Interpello e termini di presentazione

Le disposizioni di cui al comma 7 dell'art. 172 possono essere disapplicate dall'Agenzia delle entrate a seguito della presentazione di un'**istanza di interpello**, ai sensi dell'art. 11, comma 2, della Legge 27 luglio 2000, n. 212, volta a dimostrare che, nella fattispecie concreta, nonostante non siano superati i *test* di vitalità e le condizioni poste dallo stesso comma 7 dell'art. 172, non si producono gli effetti di natura elusiva che la norma si pone l'obiettivo di contrastare.

I **test di vitalità** di cui all'art. 172, comma 7, T.U.I.R. hanno lo scopo di verificare che la so-

cietà le cui perdite si vogliono riportare nell'ambito della fusione non si sia depotenziata nel periodo precedente all'operazione. L'istanza di interpello per ottenere la disapplicazione della norma antielusiva consente all'Amministrazione finanziaria di verificare se, nel caso in cui manchino oggettivamente i parametri di cui al citato comma 7, sia possibile desumere la vitalità aziendale da **altri fattori**.

In relazione ai termini di presentazione delle istanze di interpello *ex art. 11, comma 2 della Legge n. 212/2000* aventi ad oggetto la disapplicazione della disposizione di cui all'art. 172, comma 7, si evidenzia che, ai fini della loro ammissibilità, è necessario che il **progetto di fusione** *ex art. 2501-ter c.c.* sia già stato **depositato** per l'iscrizione nel **registro delle imprese**. In altre parole è necessario che il deposito del progetto di fusione sia antecedente alla presentazione dell'istanza di interpello. Ecco perché le risposte dell'Agenzia alle istanze di interpello si riferiscono a operazioni già realizzate.

Ora, se è vero che l'istanza di interpello deve essere presentata alla Direzione regionale dell'Agenzia delle entrate competente, a pena di inammissibilità, solo dopo il deposito del progetto di fusione, è altrettanto evidente che le società interessate all'operazione straordinaria, una volta effettuato il deposito del progetto e la presentazione dell'istanza, possono legittimamente attendere la **risposta dell'Agenzia**, prima di assumere le delibere di fusione *ex art. 2502 c.c.* (10).

Ciò consentirà alle società di procedere o meno all'operazione straordinaria tenendo conto della risposta dell'Agenzia e quindi consapevoli della riportabilità o non riportabilità delle perdite e delle eccedenze di interessi e ACE. Si ricorda a tal fine che, a seguito della riforma operata dal D.Lgs. n. 156/2015, l'interpello disapplicativo di cui all'art. 11, comma 2, della Legge n. 212/2000, costituisce l'unica categoria di interpello obbligatoria. Nel caso in cui non si presenti l'istanza di interpello ovvero si riceva risposta negativa da parte dell'Agenzia, sarà comunque eventualmente sempre possibile dimostrare il diritto alla disapplicazione della norma antielu-

mica" e del limite quantitativo del patrimonio netto, alla stregua delle perdite fiscali realizzate nei periodi di imposta precedenti alla fusione. Ai fini di tale verifica, l'ammontare dei ricavi e proventi dell'attività caratteristica e delle spese per prestazioni di lavoro relativi a detto intervallo di tempo deve essere ragguagliato ad anno, per consentire che il raffronto con la media dell'ammontare dei medesimi elementi contabili degli ultimi due esercizi precedenti sia effettuato tra dati omogenei (cfr. ri-

soluzione n. 143/E/2008).

(9) Cfr. circolare n. 9/E/2010 e la risposta a interpello n. 333/2019.

(10) Sull'ammissibilità dell'interpello disapplicativo prima dell'efficacia giuridica della fusione si cfr. risposta interpello n. 917-250/2019 dell'Agenzia delle entrate Direzione regionale della Puglia.

siva nelle successive fasi di **accertamento e contenzioso**.

#### 4. Orientamento del Fisco in materia di disapplicazione della norma antielusiva

Sono numerosi i documenti di prassi dell'Agenzia delle entrate in materia di disapplicazione della norma antielusiva di cui all'art. 172, comma 7, T.U.I.R. che si sono succeduti nel tempo. L'analisi di tali interventi consente di individuare con sufficiente precisione l'orientamento interpretativo dell'Amministrazione finanziaria.

In particolare, sono numerose le risoluzioni e le risposte a istanze di interpello dell'Agenzia delle entrate che, in presenza del superamento dei *test* di vitalità economica (condotti in relazione ai ricavi e alle prestazioni della gestione caratteristica e ai costi e oneri del personale dipendente), hanno consentito il **riporto delle perdite fiscali e delle eccedenze di interessi passivi indeducibili e ACE**, anche se di importo superiore al valore dei rispettivi patrimoni netti (11). In relazione al **limite del patrimonio netto**, nella risposta n. 527/2019, l'Agenzia ha condiviso la tesi della società istante secondo cui il legislatore, con la norma in esame, intende colpire quelle situazioni in cui, in assenza della fusione, la società non sarebbe in grado di generare redditi sufficienti per utilizzare le proprie perdite pregresse fiscali in compensazione, preoccupandosi che la fusione diventi strumento per estendere artificialmente quel diritto che ordinariamente spetta solo alla società che le ha prodotte. Tale cautela non avrebbe ragion d'essere nel caso in cui il prezzo di cessione pagato per acquistare le azioni o quote sociali della società che si intende fondere (e le cui perdite fiscali pregresse si intendono riportare in capo all'incorporante) superi il valore complessivo del patrimonio netto della stessa ovvero allorché il valore economico della società risulti essere superiore al vantaggio fiscale derivante dall'utilizzo in compensazione delle perdite fiscali riportabili, ferma restando la veridicità del prezzo di acquisto delle azioni/quote, su cui rimane impregiudicato ogni potere di controllo dell'Amministrazione finanziaria. Allo stesso modo possiamo ritenere acquisito che il principio fondante (consistente nell'esigenza di evitare che, per

mezzo della fusione, "si trasmettano deduzioni del tutto sproporzionate alle consistenze patrimoniali delle società fuse o incorporate") sia stato ormai reinterpreto dall'Agenzia, aprendo alla possibilità di disapplicare la norma contenuta nell'art. 172, comma 7, del T.U.I.R., qualora il patrimonio netto a valori reali dell'entità trasferita risulti superiore alle attività per le quali, potenzialmente, operano le limitazioni di legge (12).

L'Agenzia delle entrate ha precisato inoltre, con la risoluzione n. 337/E/2002, che, per le **società neocostituite** per le quali si intende riportare le perdite, non è agevole presumere alcun depotenziamento delle stesse. Il **depotenziamento**, infatti, va individuato sulla base del raffronto tra parametri economici che fanno riferimento a successivi periodi storici. In sostanza solo nel passaggio da un periodo d'imposta ad un altro è possibile vedere se vi sia stato un depotenziamento. Va da sé che quando la società è neocostituita non può essersi depotenziata rispetto ad un passato in cui ancora non esisteva. Pertanto, la mancanza di periodi da raffrontare con quello immediatamente precedente l'efficacia giuridica della fusione escluderebbe la possibilità di indagare sulla vitalità del soggetto (13).

In relazione alla rilevanza, ai fini della verifica del *test* di operatività, dell'**assenza di costi per il personale dipendente** negli ultimi bilanci delle società di cui si vogliono riportare le perdite, si è ritenuto (14) che l'assenza di detti costi in bilancio può non costituire di per sé sintomo di **scarsa vitalità aziendale**, in particolar modo per le società *holding* di partecipazioni (15).

Ancora, con la risposta n. 88/2020, l'Agenzia ha disapplicato le disposizioni contenute nell'art. 172, comma 7, del T.U.I.R., in una fattispecie nella quale, pur essendo soddisfatto il requisito di "vitalità economica" relativo ai ricavi e il limite del patrimonio netto di cui al comma 7 dell'art. 172 del T.U.I.R., non era superato il *test* di vitalità economica relativo alle spese per prestazioni di lavoro subordinato e contributi di cui all'art. 2455 del Codice civile. E ciò in ragione del fatto che l'istante, avendo affittato l'unica azienda, ha dimostrato il superamento del *test* di vitalità del costo del personale della società affittuaria dell'azienda.

(11) Cfr. tra le altre, risoluzione n. 93/E/2018, risposta n. 109/2018, risposta n. 416/2019, risposta n. 527/2019.

(12) M.C. Chioda, "Fusioni e riporto delle perdite. Le recenti novità interpretative fornite dall'Agenzia delle entrate", in *Diritto* 24, del 29 gennaio 2019.

(13) Criterio ribadito con il Principio di diritto dell'Agenzia delle entrate n. 6 del 15 ottobre 2018.

(14) Cfr. risoluzione Agenzia delle entrate n. 337/E/2002.

(15) Cfr. anche risoluzione Agenzia delle entrate n. 43/E/2008.

## 5. Operazioni di MLBO

Con la circolare n. 6/E/2016, l'Agenzia delle entrate, modificando radicalmente il proprio orientamento pregresso, ha avallato la **liceità fiscale** delle operazioni rientranti nello schema del MLBO salvo l'accertamento di specifici **profili di artificiosità** e a condizione che, all'esito dell'operazione di MLBO, si determini un **cambio di controllo** ovvero l'**ingresso di nuovi soci** che non abbiano mai partecipato alla *target* (16). Il nuovo orientamento dell'Agenzia nei confronti delle operazioni di MLBO si è esteso anche agli **interpelli disapplicativi ex art. 172**, comma 7, T.U.I.R. In particolare l'Agenzia delle entrate ha preso atto che, nelle operazioni di MLBO, la **società veicolo**, generalmente, non supera i limiti previsti dalla norma in esame. In particolare non supera il *test* di vitalità economica in quanto, essendo **neocostituita**, non dispone dei bilanci relativi agli esercizi precedenti, né il limite del patrimonio netto in quanto, dovendo ridurre il patrimonio netto della *newco* dei conferimenti e versamenti effettuati nel corso degli ultimi 24 mesi, la stessa società sarebbe priva di un patrimonio netto rilevante. L'Agenzia ha chiarito che l'assenza di bilanci precedenti con cui effettuare il raffronto richiesto dalla norma non esclude *ex se* la possibilità di indagare sulla sostanziale **vitalità** della società coinvolta nell'operazione straordinaria, potendo fare ricorso, semmai, ad altri fattori utili a dimostrare la sussistenza di tale requisito e che la società veicolo possa considerarsi "vitale", svolgendo funzioni strumentali alla realizzazione dell'operazione di MLBO. In relazione al **patrimonio netto**, l'Agenzia ha puntualizzato che i conferimenti iniziali alla società veicolo siano da considerare fisiologici nel contesto delle operazioni di MLBO e come tali non rivolti a consentire un pieno, quanto artificioso, recupero delle perdite fiscali (17).

## 6. Parere dell'Agenzia delle entrate nella risposta n. 101/2020

La tesi dell'Agenzia delle entrate è stata da ultimo ribadita con la risposta n. 101/2020, con cui è stata disapplicata la norma antielusiva di cui all'art. 172, comma 7, T.U.I.R. nell'ambito di un'operazione di MLBO.

Nel caso esaminato una società (Beta) ha acquistato la **partecipazione totalitaria** (100%) in Alfa, società che svolge "attività di compravendita immobiliare nonché di amministrazione e gestione di immobili" e proprietaria di un centro commerciale che ospita diversi negozi e un parcheggio coperto. L'**operazione d'acquisto** è stata finanziata dalla società **capogruppo** Beta Holdco, socio unico di Beta. A seguito dell'acquisizione, la società Beta Holdco deteneva il 100% della società Beta, che, a sua volta, deteneva il 100% della società Alfa.

È seguita la **fusione inversa**, con cui la società controllante (Beta) è stata incorporata nella società controllata (Alfa) attraverso un'operazione di MLBO ai sensi dell'art. 2501-*bis* del Codice civile. La struttura societaria del gruppo, dopo l'operazione di fusione, ha visto la società lussemburghese Beta Holdco detenere il 100% della società Alfa.

In relazione a **Beta**, il *test* di vitalità non poteva essere effettuato, essendo stata costituita l'anno antecedente la fusione e mancando quindi i periodi di imposta precedenti all'operazione utili ai fini del raffronto, mentre il patrimonio netto, risultante dal bilancio antecedente la fusione, veniva interamente rettificato in quanto oggetto di conferimento avvenuto nei 24 mesi antecedenti.

Con riferimento ad **Alfa**, il *test* di vitalità risultava soddisfatto per il periodo di imposta antecedente la fusione, mentre per il periodo di imposta interinale, il *test* risultava soddisfatto solo in relazione ai ricavi, ma non in relazione ai costi di lavoro subordinato.

Tale ultima circostanza era dovuta alla scelta operata dall'organo amministrativo della società istante di **esternalizzare** tutti i **servizi di gestione tecnica e commerciale** degli immobili allo scopo di perseguire una maggiore flessibilità produttiva nonché una riduzione dei costi fissi.

Alfa aveva infatti sottoscritto un **contratto di cessione di ramo d'azienda** con cui erano stati trasferiti la totalità dei dipendenti, le attrezzature, i *software* ed alcuni contratti relativi alla gestione tecnica e amministrativa del centro commerciale alla società Gamma (non riconducibile allo stesso gruppo economico a cui appartengono Alfa e Beta).

(16) G.M. Committeri, "MLBO: approccio sostanzialistico dell'Agenzia sul riporto delle perdite e delle eccedenze di interessi e ACE", in *il fisco*, n. 11/2020, pag. 1033.

(17) Cfr. in senso analogo risposta n. 127/2018 e risposta n. 57/2020.

Quasi contestualmente, Alfa e Gamma sottoscrivevano un **contratto** con cui quest'ultima si impegnavano a svolgere nei confronti della prima i servizi tecnici, commerciali ed amministrativi, afferenti la gestione del centro commerciale (18).

Alfa inoltre non rispettava il **limite patrimoniale** di cui all'art. 172, comma 7, T.U.I.R.

Al riguardo, l'istante ha precisato che l'ammontare del patrimonio netto risultante dal bilancio chiuso nel periodo antecedente la fusione è stato influenzato negativamente dalla iscrizione a conto economico di oneri di natura non ricorrente; si trattava, in particolare, di "accantonamenti stanziati in bilancio ai soli fini civilistici per interventi di manutenzione".

L'Agenzia delle entrate, dall'osservazione dei bilanci relativi agli esercizi precedenti la fusione (e in particolare dalla serie storica dei ricavi, dalla composizione qualitativa e quantitativa dell'attivo patrimoniale dell'esercizio antecedente alla data di effetto giuridico della fusione al fine di verificare l'eventuale prevalenza di investimenti in immobilizzazioni materiali rispetto al totale delle altre componenti attive (19), dalla circostanza che, sebbene la società non avesse dipendenti, la stessa si fosse avvalsa delle prestazioni fornite dal personale di Gamma) ha ritenuto che l'attività svolta dall'incorporante non avesse subito un **depotenziamento**.

L'Agenzia delle entrate ha richiamato le indicazioni già fornite con la circolare n. 6/E/2016, paragrafo 2.2, trattandosi di **posizioni soggettive** (interessi passivi indeducibili, perdite fiscali ed eccedenze ACE) relative a **conferimenti e finanziamenti** ottenuti dalla società veicolo (Beta) appositamente costituita per porre in essere l'acquisizione della società *target* (Alfa) con parziale e prevalente ricorso all'indebitamento. L'Agenzia ha concluso puntualizzando che le perdite fiscali, gli interessi passivi indeducibili e le eccedenze ACE di Beta appaiono integralmente riferibili all'operazione di fusione a seguito di acquisizione con indebitamento (**MLBO**), considerata la composizione qualitativa e quantitativa dell'**attivo** (il cui importo complessivo è costituito prevalentemente dalla voce "partecipazioni in imprese controllate") e dal **passivo** dello stato patrimoniale (costituito prevalentemente da debiti per finanziamenti fruttiferi e da capitale sociale e versamenti in conto capitale) e

considerato che, a fronte di una totale assenza di ricavi e altri proventi, Beta risulta aver sostenuto, oltre agli oneri finanziari relativi al prestito contratto per l'acquisto della partecipazione, quasi unicamente **costi per servizi amministrativi e di consulenza**.

### 7. Conclusioni

La risposta n. 101/2020 riveste particolare interesse in quanto l'Agenzia ha dato atto di aver valutato la **serie storica dei ricavi** e la **composizione qualitativa e quantitativa dell'attivo patrimoniale**, rilevando la prevalenza delle immobilizzazioni materiali rispetto al totale delle componenti attive. L'Agenzia delle entrate, in particolare, ha valorizzato la circostanza che, sebbene la società istante non avesse dipendenti, la stessa si fosse avvalsa delle prestazioni di servizi fornite da una terza impresa (alla quale aveva ceduto un ramo di azienda esternalizzando in tal modo i servizi di gestione tecnica e commerciale degli immobili). In altre parole, ai fini del *test* di vitalità economica, alle spese per prestazioni di lavoro subordinato e relativi contributi di cui all'art. 2425 c.c. si sono aggiunti i **costi dei servizi esternalizzati**. Sulla base di tale valutazione l'Agenzia è giunta alla conclusione che l'attività svolta non avesse subito un depotenziamento.

Possono quindi essere identificati elementi di originalità rispetto alle precedenti risposte fornite dall'Agenzia in relazione ai criteri con i quali valutare la vitalità dell'azienda ai fini della riportabilità delle perdite, delle eccedenze di interessi e ACE. Ci si riferisce in particolare alla rilevanza non esclusiva né vincolante della **mancanza di personale dipendente** quale indicatore di scarsa vitalità aziendale e all'analisi dell'attivo condotta dall'Ufficio.

Innovative appaiono inoltre le motivazioni alla base del parere favorevole espresso dall'Agenzia in riferimento alla disapplicazione del limite patrimoniale, che hanno considerato che, in assenza dell'accantonamento al fondo per futuri interventi di risanamento (peraltro non dedotto fiscalmente), il patrimonio netto sarebbe stato capiente.

Possiamo quindi concludere affermando che sembra ormai acquisito, da parte dell'Amministrazione finanziaria, l'utilizzo di un criterio di

(18) Di fatto, a seguito della suddetta esternalizzazione, le spese per il personale dipendente venivano a essere assorbite dalle spese per servizi rese da Gamma.

(19) Ciò in linea con quanto già affermato nella risposta n. 416/2019.

interpretazione logico della norma volto a considerare l'intenzione del legislatore (20). In particolare avuto riguardo ai passaggi che la Relazione di accompagnamento al T.U.I.R. aveva dedicato alle ragioni delle **limitazioni** poste al **riporto delle perdite** (successivamente estese alle eccedenze di interessi e alle eccedenze ACE).

Si ritiene che tale applicazione della norma sia conforme anche alle **finalità** per cui la stessa è stata emanata (criterio teleologico).

Resta sempre sullo sfondo la valutazione della presenza, o meno, di valide ragioni economiche e organizzative (o comunque di ragioni extrafiscali) sottese all'operazione straordinaria. Traspare infatti in tutti i documenti di prassi l'attenzione, o comunque la sensibilità, dell'Ammi-

nistrazione finanziaria nei confronti delle **valide ragioni economiche** (21).

Non a caso le risposte dell'Agenzia contengono sempre la stessa premessa: "non è oggetto della presente risposta la liceità, ai sensi dell'art. 10-bis della Legge n. 212 del 2000, dell'operazione societaria rappresentata".

In considerazione della riformulazione della norma sull'abuso del diritto o elusione fiscale attuata dall'art. 7 del D.Lgs. n. 156 del 24 settembre 2015, nonché dell'applicazione del criterio di interpretazione logica dell'art. 172, comma 7, T.U.I.R., si auspica che l'Agenzia possa utilizzare lo stesso criterio ermeneutico alla valutazione delle motivazioni poste alla base delle operazioni straordinarie e di MLBO in particolare.

---

(20) Evitando in tal modo un'interpretazione letterale della norma che avrebbe comportato necessariamente una risposta negativa all'istanza di interpello.

(21) Nella risposta n. 101/2020 si può leggere che "l'istante

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