

Commissione Tax&Legal, Approfondimenti, febbraio 2018

A cura di Roberto Egori e Toni Marciante (Freshfields Bruckhaus Deringer LLP)

Risoluzione n. 13/E del 2018 e operazioni di Merger Leveraged Buy Out (MLBO)

La Risoluzione n. 13/E in sintesi

1. La fattispecie esaminata dall’Agenzia delle Entrate nella risoluzione n. 13/E del 2 febbraio 2018 (la **Risoluzione n. 13/E**), graficamente illustrata nella Figura 1, può essere sintetizzata nei seguenti termini:

(i) Beta è una “*Special Purpose Acquisition Company*” (SPAC) di diritto italiano costituita in forma di SIV (“*Special Investment Vehicle*”) le cui azioni sono ammesse a quotazione su uno specifico segmento del mercato regolamentato di Borsa Italiana. Beta è stata costituita con l’obiettivo di realizzare un’operazione di integrazione societaria con una società *target* finalizzata alla quotazione in borsa di quest’ultima;

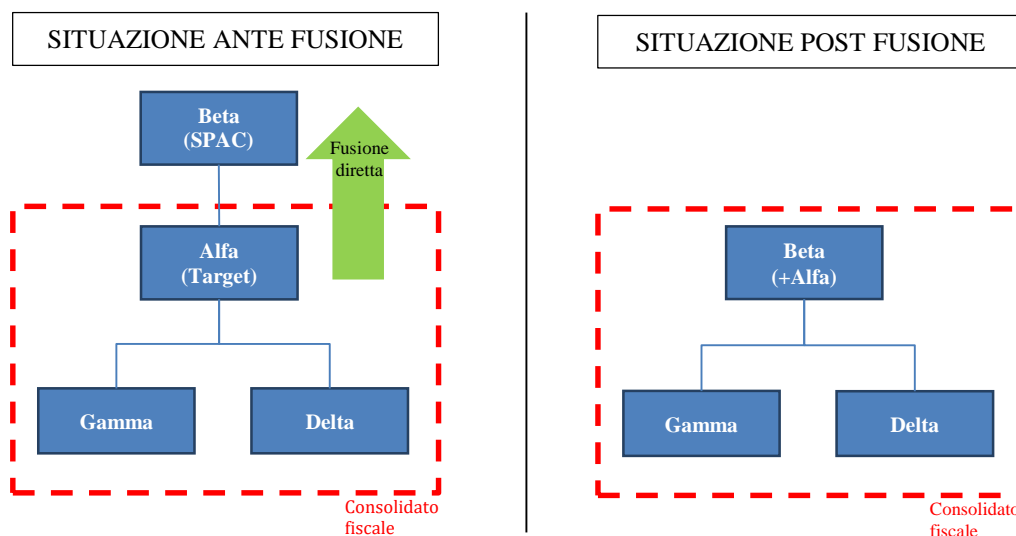
(ii) nel corso del 2017, dopo aver acquisito una partecipazione pari al 53,15% del capitale sociale di Alfa, Beta ha incorporato Alfa mediante fusione diretta non retrodatata ai fini contabili e fiscali;

(iii) Alfa e le proprie controllate, Gamma e Delta, hanno esercitato l’opzione per il regime di tassazione consolidata *ex art. 117 e ss. del TUIR*. Le perdite fiscali esistenti a livello consolidato al 31 dicembre 2016 ammontano a circa Euro 179 milioni;

(iv) nel periodo interinale compreso tra il 1 gennaio 2017 e la data di efficacia giuridica della fusione (il **Periodo Interinale**), sia Alfa che Beta hanno generato ulteriori perdite fiscali e/o risultati negativi (pari a circa, rispettivamente, Euro 24mln e Euro 1,4mln).

Tramite la relativa istanza di interpello, Beta ha chiesto chiarimenti circa (a) la continuazione, *post* fusione, del regime di consolidato fiscale esistente senza soluzione di continuità, (b) la sorte delle perdite fiscali esistenti a livello consolidato e (c) il regime delle perdite fiscali generate da Beta e Alfa nel Periodo Interinale.

Figura 1



Tanto premesso, con la recente Risoluzione n. 13/E, l’Agenzia delle Entrate ha confermato che la fusione di Alfa in Beta:

- (i) non interrompe il regime di tassazione consolidata preesistente in capo alla società incorporata/consolidante (Alfa), che conseguentemente prosegue in capo alla società incorporante (Beta) senza soluzione di continuità (relativamente alla residua frazione del triennio di validità dell’opzione);
- (ii) non determina la ri-attribuzione delle perdite fiscali esistenti a livello consolidato alla consolidante (Alfa) o alle società che le hanno generate (Alfa, Gamma o Delta); e
- (iii) consente l’inclusione delle perdite fiscali realizzate nel Periodo Interinale sia dalla società incorporante (Beta) che dalla società incorporata/consolidante (Alfa) nella determinazione del reddito consolidato del periodo d’imposta in cui avviene la fusione.

Continuazione del consolidato fiscale, senza ri-attribuzione delle perdite consolidate

2. Come detto, nella Risoluzione n. 13/E, l’Agenzia delle Entrate ha in primo luogo affermato che, per effetto della fusione, Beta succede nel complesso delle posizioni giuridiche attive e passive di Alfa, ivi incluse quelle relative al regime di tassazione consolidata. Non vi sono pertanto preclusioni alla continuazione del consolidato in capo a Beta, quale successore di Alfa, già a decorrere dal periodo d’imposta in cui avviene la fusione, considerato che tutti i requisiti di legge continuano ad essere rispettati. Tale continuazione è tuttavia subordinata alla presentazione in via telematica da parte di Beta di apposita comunicazione all’Agenzia delle Entrate¹.

3. Quanto alla ri-attribuzione delle perdite fiscali consolidate, l’Agenzia ha chiarito che, diversamente dai casi di fusione di consolidanti con società preesistenti esterne al consolidato e dotate di una loro autonoma attività², nel caso di specie non si verifica, nella sostanza, un effettivo cambiamento della consolidante³. Di conseguenza, le perdite fiscali consolidate esistenti alla data di efficacia della fusione non devono essere ri-attribuite alla consolidante (Alfa) o alle società che le hanno generate (Alfa, Gamma o Delta), ma rimangano nella disponibilità della società incorporante/consolidante *post* fusione (Beta), potendo pertanto continuare ad essere utilizzate a scomputo del reddito consolidato.

¹ Cfr. Risoluzione n. 13/E, pag. 11.

² Al riguardo, si ricorda che in alcuni precedenti di prassi, aventi ad oggetto l’incorporazione di una società consolidante in società esterna al medesimo consolidato (cfr. Risoluzioni n. 44/2007, n. 116/2007, n. 139/2008 e n. 101/2009), l’Agenzia aveva affermato che per effetto dell’applicazione in via analogica delle disposizioni di cui all’articolo 13, commi 5 e 6, del D.M. 9 giugno 2004:

(i) il consolidato dell’incorporata si interrompe senza il verificarsi degli effetti penalizzanti di cui ai primi tre commi dell’art. 124 del TUIR; e

(ii) opera il comma 4 dell’art. 124 del TUIR, secondo cui le perdite fiscali relative al consolidato dell’incorporata devono essere ri-attribuite alle società partecipanti alla fusione, con la conseguenza che tali perdite potranno essere utilizzate solo a livello individuale da tali società *ex art.* 118, comma 2, del TUIR.

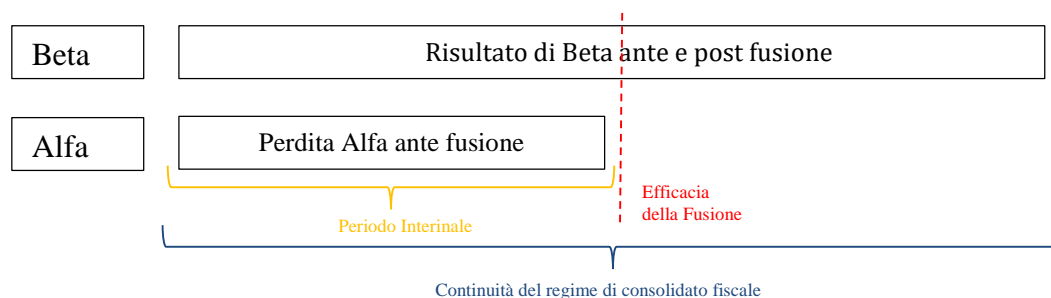
³ Secondo la Risoluzione n. 13/E “Beta, pur non essendo formalmente [un soggetto] *neo costituito*, va considerato come tale, dal momento che non ha una propria operatività ed è stato costituito al solo fine di individuare una società target e agevolare la quotazione in borsa attraverso la sua acquisizione e quotazione”.

Inclusione del risultato del Periodo Interinale nel reddito consolidato

4. Dalla conclusione cui perviene l'Agazia circa la continuazione del consolidato fiscale in capo a Beta deriva l'ulteriore conseguenza che nel reddito consolidato del periodo d'imposta in cui avviene la fusione possono confluire:

- (i) il risultato negativo realizzato dalla società incorporante (Beta) nel Periodo Interinale⁴. Ciò perché, in assenza di retrodatazione, non si ha sotto un profilo giuridico un risultato di periodo;
- (ii) la perdita fiscale generata dalla società incorporata/consolidante (Alfa) nel Periodo Interinale⁵ ancorché, per effetto della fusione non retrodatata, Alfa chiuda anticipatamente il proprio periodo d'imposta alla data di efficacia giuridica della fusione.

Figura 2

La Risoluzione n. 13/E e le operazioni di MLBO: spunti di riflessione

5. L'interpretazione di favore adottata dall'Agazia delle Entrate nella Risoluzione n. 13/E si fonda sul ruolo "strumentale" svolto dalla società veicolo (SPAC) che acquisisce ed incorpora la società *target* in un piano preordinato alla quotazione di quest'ultima. Si auspica, pertanto, che l'Agazia estenda la suddetta interpretazione di favore anche alle operazioni di *Merger Leveraged Buy-Out* (MLBO).

6. In particolare, in relazione alle operazioni di MLBO, si ricorda che già nella Circolare n. 6/E del 2016 l'Agazia ha dato rilevanza alla funzione strumentale svolta dalle società veicolo (c.d. BidCo) al fine di permettere la riportabilità *post* fusione degli interessi passivi e delle perdite fiscali generate dalle stesse società veicolo. A tale riguardo, ai fini che qui interessano, dovrebbe essere confermato che gli eventuali effetti reddituali che caratterizzano il compimento dell'operazione di acquisizione da parte delle società veicolo (es. interessi passivi, costi per consulenze, etc.) non inficiano l'applicabilità delle considerazioni svolte dall'Agazia nella Risoluzione n. 13/E⁶. Tali effetti reddituali, infatti, derivano dalla stessa operazione di acquisizione della società *target* da parte della società veicolo e non si riferiscono ad altre attività o operazioni svolte precedentemente da quest'ultima. Tale conclusione è peraltro in linea con la stessa Risoluzione n. 13/E, che non pare limitare la fruibilità, in capo al consolidato, del beneficio ACE

⁴ Cfr., in senso contrario, la Risoluzione n. 251/E del 2008 in relazione a un'operazione di fusione inversa con effetti contabili e fiscali retrodatati.

⁵ Cfr., in senso contrario, le Risoluzioni n. 116/E del 2008 n. 101/E del 2009.

⁶ Cfr. la Risoluzione n. 13/E del 2018 secondo cui "resta fermo il potere dell'Amministrazione finanziaria di sindacare l'eventuale sussistenza di un'ipotesi di abuso del diritto ai sensi dell'articolo 10-bis dello Statuto dei diritti del contribuente, sulla base di un giudizio che non può prescindere dall'esame della fattispecie come concretamente posta in essere e dalla valutazione dell'operazione nel suo complesso. A tal fine, può costituire utile elemento di valutazione, ad esempio, la circostanza che nel periodo interinale la società incorporante preveda il realizzo di significativi effetti reddituali legati alle attività o operazioni svolte precedentemente".

maturato nel Periodo Interinale dalla società veicolo. La fruibilità di tale beneficio, ancorché non sia oggetto di specifica conferma da parte della Risoluzione n. 13/E, dovrebbe essere una conseguenza diretta della continuazione del regime di tassazione consolidata in capo a Beta.

7. Inoltre, le considerazioni svolte con la Risoluzione n. 13/E (cfr. in particolare il precedente paragrafo 4) sembrerebbero rendere al momento preferibile la realizzazione di operazioni di MLBO tramite fusione diretta della società *target* nella società veicolo in luogo della fusione inversa. Ciò in quanto la fusione inversa determinerebbe, anche in caso di retrodatazione, la qualifica dell'eventuale risultato negativo generato nel periodo interinale dalla società veicolo (incorporata) come perdita fiscale "pre-consolidata"⁷. Si ritiene, tuttavia, che questa interpretazione restrittiva sia criticabile e che, anche alla luce della Risoluzione n. 13/E, possa essere superata. Dovrebbe infatti concludersi che alla retrodatazione degli effetti contabili e fiscali della fusione inversa consegua necessariamente l'inclusione del risultato negativo generato dalle società coinvolte nel periodo interinale nel regime di tassazione consolidata.

* * *

Questa pubblicazione è curata dallo studio legale Freshfields Bruckhaus Deringer LLP (limited liability partnership di diritto inglese) e dagli uffici che esercitano la propria attività in varie giurisdizioni con il nome di Freshfields Bruckhaus Deringer e Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP, indicate nella pubblicazione come "Freshfields". Per l'informativa legale consultare www.freshfields.com/support/legalnotice.

Freshfields Bruckhaus Deringer LLP ha uffici in Austria, Bahrain, Belgio, Cina, Inghilterra, Francia, Germania, Hong Kong, Italia, Giappone, Paesi Bassi, Russia, Singapore, Spagna, Emirati Arabi Uniti e Vietnam. Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP ha uffici a New York City e Washington DC.

Questa pubblicazione ha carattere informativo e non è in alcun modo da considerarsi un parere legale

© Freshfields Bruckhaus Deringer LLP 2018

* * *

⁷ Cfr. Risoluzione n. 251/E del 2008.