

*Commissione Tax&Legal, Approfondimenti, settembre 2018*

*A cura di Luca A. Pangrazzi e Matteo Poletti (Fieldfisher)*

**Detraibilità IVA dei transaction costs sostenuti nell'ambito delle operazioni di leveraged buy out - ultime posizioni europee e potenziali riflessi sulla visione dell'Agenzia delle Entrate espressa con la Circolare n. 6/E del 30 marzo 2016**

Come noto, con la Circolare n. 6/E del 30 marzo 2016 l'Agenzia delle Entrate ha fornito importanti chiarimenti in merito ai profili fiscali delle operazioni di *leveraged buy out*, che hanno contribuito a dare più certezza fiscale all'intero mercato del *private equity*. Il citato documento di prassi non ha però evaso tutti i dubbi interpretativi correlati a tali operazioni e, anzi, in taluni casi ha contribuito ad incrementare le incertezze degli operatori del settore. Ci si riferisce, in particolare, ai dubbi (i) sulla effettiva tenuta delle strutture d'investimento dei fondi internazionali che investono in Italia mediante la costituzione di holding UE, (ii) sul trattamento fiscale applicabile alla fase di "*exit*" realizzata da parte delle predette holding UE, (iii) sulla detraibilità IVA dei *transaction costs* sostenuti da parte dei veicoli d'investimento (in gergo anche "*Special Purpose Vehicle*", "*SPV*", "*Newco*" o "*Bidco*"), (iv) sulla necessità di presentare l'interpello disapplicativo ex art. 172 co. 7 del TUIR successivamente all'avvenuta fusione di Bidco e target, (v) sulla riqualificazione dei finanziamenti soci in capitale di rischio (*equity*), (vi) sulle operazioni di LBO nelle quali sono coinvolti soggetti che già controllano la target e sui LBO implementati su quote di minoranza, etc. Tali incertezze hanno portato AIFI a presentare ai rappresentanti dell'Agenzia delle Entrate delle osservazioni alla citata Circolare n. 6/2016 al fine di dirimere i residui dubbi interpretativi e permettere al nostro paese di continuare ad essere attrattivo anche agli occhi degli investitori esteri e di quegli operatori specializzati in acquisizioni di quote di minoranza.

Come poc'anzi anticipato, una delle posizioni espresse dall'Agenzia delle Entrate nella citata Circolare n. 6/2016, che è stata oggetto di critiche da parte della dottrina, ha riguardato il tema della detrazione IVA dei *transaction costs* sostenuti dai citati veicoli d'investimento ai fini dell'acquisizione delle società target. In proposito l'Agenzia delle Entrate, richiamando gli orientamenti della Corte di Giustizia Europea in tema di holding di partecipazioni<sup>1</sup>, ha sostenuto che: "*la mera detenzione di una partecipazione societaria, senza il compimento di operazioni ulteriori e soggette ad IVA, non configuri lo svolgimento di un'attività economica, in forza della quale una società può acquisire la qualifica di soggetto passivo dell'imposta* (c.d. holding statiche - ndr). *Risulta, in tal modo, precluso il diritto alla detrazione dell'imposta, legato inscindibilmente alla qualifica dell'operatore come soggetto passivo di imposta. Tale riconoscimento, infatti, è subordinato all'avvenuta "ingerenza" o "interferenza" nella gestione delle stesse società controllate, che si traduce nel compimento di operazioni rientranti nell'ambito applicativo dell'imposta, quali le prestazioni di servizi amministrativi, finanziari, commerciali e tecnici verso le controllate* (c.d. holding dinamiche - ndr). *Alla luce di quanto esposto, quindi, ove ci si trovi in presenza*

<sup>1</sup> Da una giurisprudenza costante della Corte risulta che l'interferenza di una società holding nella gestione delle società, nelle quali la stessa abbia assunto partecipazioni, costituisce un'attività economica ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 1, della direttiva IVA, ove essa implichi il compimento di operazioni soggette all'IVA a norma dell'articolo 2 di tale direttiva, quali la prestazione di servizi amministrativi, contabili, finanziari, commerciali, informatici e tecnici da parte della società holding alle sue controllate.

*di una situazione in cui la società veicolo esercita quale attività la sola detenzione di partecipazioni, senza interferire in alcun modo nella gestione delle società controllate, si è del parere che non possa essere riconosciuto il diritto alla detrazione dell'IVA gravante sulla other fees né alla predetta società veicolo – né successivamente alla fusione – alla società target qualora la stessa sia stata incorporata o abbia incorporato la citata SPV”.*

Da quanto sopra esposto emerge chiaramente come, secondo la visione dell’Agenzia delle Entrate, le Bidco siano società assimilabili alle holding di partecipazioni e non siano invece qualificabili quali società strumentali alla realizzazione dell’operazione di LBO ovvero società che svolgono un’attività di natura preparatoria allo svolgimento dell’attività commerciale propria della target, che si concretizza con la successiva fusione tra Bidco e target (fusione, peraltro, già prevista e disciplinata in tutti i documenti che accompagnano l’acquisizione ed il suo finanziamento). Tale impostazione dell’Agenzia delle Entrate ha fatto sì che la maggior parte degli operatori del settore consideri indetraibile l’IVA correlata ai *transaction costs* sostenuti dalle Bidco in sede di operazioni di LBO.

Tale tema è tornato d’attualità nel corso del 2018 alla luce di alcuni importanti posizioni espresse a livello comunitario sia in termini di sentenze che di conclusioni presentate dall’Avvocatura Generale. Queste ultime, se confermate, potrebbero rappresentare un’interessante spunto di riflessione per ripensare al regime IVA applicabile alle suddette tipologie di costi sostenuti dalle Bidco. Ci si riferisce, in particolare, alle conclusioni dell’Avvocatura Generale presentate il 3 maggio 2018 in relazione alla Causa C-249/17 (caso Ryanair), alla sentenza della Corte di Giustizia Europea del 5 luglio 2018 in relazione alla causa C-320/17 (causa Marle Participations) e alle conclusioni dell’Avvocatura Generale presentate il 6 settembre 2018 in relazione alla Causa C-502/17 (caso C&D Food), di seguito brevemente riassunte.

### **Causa C-249/17 (caso Ryanair) - Conclusioni dell’Avvocato Generale Juliane Kokott presentate il 3 maggio 2018**

La controversia (meglio nota come caso Ryanair) verte sulla detraibilità dell’IVA assolta sulle spese sostenute da una società industriale (quindi né una holding né una Bidco) per l’acquisto della partecipazione in una società concorrente, nel particolare caso di mancato perfezionamento dell’acquisizione. In tale scenario verrebbe infatti meno la possibilità da parte dell’acquirente di fornire i servizi che costituirebbero, sulla base di una consolidata giurisprudenza comunitaria, l’indice di interferenza necessario per sostenere la detraibilità dell’IVA assolta sui costi sostenuti per perfezionare l’acquisizione.

In particolare, la fattispecie in commento riguarda la tentata acquisizione da parte di Ryanair di Aer Lingus, una concorrente compagnia Irlandese, interrottasi per motivi concorrenziali. A prescindere dall’esito della transazione, Ryanair sosteneva, contrariamente alle posizioni dell’autorità fiscale Irlandese, la piena detraibilità dell’IVA assolta sui costi di consulenza sostenuti nell’ambito di tale operazione.

Le argomentazioni sviluppate dall’Avvocato Generale Kokott chiariscono che, a differenza delle holding, laddove l’acquisizione sia promossa da una società industriale, l’analisi della detraibilità delle spese di consulenza sostenute per l’acquisto di partecipazioni deve prescindere dall’analisi fra le spese sorte in relazione all’acquisto di azioni e i servizi di gestione previsti.

In particolare, nelle proprie argomentazioni l’Avvocatura Generale precisa che “*secondo la giurisprudenza della Corte, l’ingerenza diretta nell’amministrazione mediante servizi di gestione non rappresenta affatto l’unico caso in cui la detenzione di un’azione può costituire un’attività economica. Al contrario, la Corte conclude nel senso di un’attività economica ogniqualvolta l’acquisto o la detenzione dell’azione rivesta un carattere tipicamente imprenditoriale. Ciò avviene, ad esempio, nel*

*caso di operazioni commerciali sui titoli oppure quando l'acquisto o la detenzione di azioni costituisca il prolungamento diretto, permanente e necessario di un'attività imponibile”.*

Ed è proprio in tale senso che deve essere inquadrata l'acquisizione strategica di un'impresa concorrente in quanto *“la società acquirente mira ad estendere o a modificare la sua attività operativa. Una simile acquisizione, pur essendo accompagnata dall'acquisto di quote societarie, costituisce una misura intesa a realizzare operazioni imponibili (più ampie)”*. **La spunto innovativo delle argomentazioni risiede nel principio secondo cui “non si pone più la questione del nesso fra le spese sorte in relazione all'acquisto di azioni e i servizi di gestione previsti” a favore della società partecipata. Nel caso in esame rileva, piuttosto, “il nesso fra l'acquisto di azioni e il fatturato (previsto) risultante dall'attività operativa di trasporto aereo”.**

Inoltre, la circostanza che la prevista acquisizione e la prosecuzione dell'attività non abbiano, di fatto, avuto luogo, *“non incide (...) su tale conclusione. Anche in tal caso è sufficiente l'intenzione, dimostrata attraverso circostanze oggettive, di esercitare un'attività economica. Tale intenzione non può neanche essere messa in discussione a posteriori sulla base del rilievo che l'acquisizione (...) non abbia in concreto avuto luogo”*.

Nelle proprie conclusioni l'Avvocato Generale Kokott chiarisce che l'acquisto di tutte le quote di una società, con l'intenzione di ampliare in tal modo in maniera diretta e permanente l'attività imponibile della società acquirente (c.d. “acquisizione strategica”), costituisce un'attività economica, e pertanto le spese sostenute nell'ambito di una siffatta acquisizione strategica presentano un nesso diretto e immediato con la sua attività imponibile, rendendo l'IVA assolta su tali spese integralmente detraibile. Tale principio dovrebbe innanzitutto smarcare il campo da qualsiasi dubbio interpretativo sollevato da taluni operatori in merito al diritto alla detrazione dell'IVA sostenuta dalle target company in caso di acquisizioni di altre partecipazioni in società concorrenti (c.d. “add-on”).

In aggiunta, se le conclusioni anticipate dall'Avvocatura Generale dovessero trovare riscontro anche nella sentenza finale (come pare auspicabile alla luce anche dei principi statuiti dalla sentenza C-320/17 *infra* analizzata), a parere di chi scrive vi sarebbero gli estremi per argomentare che siffatta impostazione potrebbe essere estesa anche alle Bidco costituite con la finalità di perseguire ed ampliare le attività commerciali della target, in cui saranno successivamente fuse. Questo perché in tutti i documenti contrattuali che accompagnano l'acquisizione<sup>2</sup> è ben evidente la funzione svolta da Bidco, che non è quella di mera holding di partecipazioni, ma appunto quella di costituire il veicolo destinato ad essere fuso (spesso con stringenti scadenze temporali) con la target ed esercitare l'attività economica di quest'ultima, e ciò prescindendo dalla circostanza che Bidco abbia o meno inizialmente manifestato l'intenzione di svolgere attività gestionali nei confronti della target nell'*interim period* che accompagna la fusione.

### **Causa C-320/17 (caso Marle Participations) – Sentenza della Corte Europea del 5 luglio 2018**

Il tema della detrazione dell'IVA relativa all'acquisto delle partecipazioni societarie è stato recentemente affrontato anche dalla stessa Corte di Giustizia Europea nella sentenza relativa alla causa C-320/17 (causa Marle Participations). La controversia in commento riguarda il caso della Marle Partecipazioni, società holding del gruppo Marle, che aveva detratto l'IVA sostenuta sull'acquisto di talune partecipazioni in

<sup>2</sup> Si pensi, ad esempio, all'accordo di investimento e al contratto di finanziamento, in cui si dà sempre chiara evidenza al ruolo di “veicolo” svolto dalla Bidco e alla sua fusione in target subito dopo il perfezionamento dell'acquisizione.

quanto svolgente attività economica nei confronti della partecipate, consistente nella locazione di immobili.

Nella fattispecie in commento, la Corte di Giustizia UE, dopo aver richiamato i principi già in precedenza espressi in tema di detrazione IVA per le holding statiche e dinamiche<sup>3</sup>, ha chiarito che anche *“la locazione di un immobile da parte di una società holding alla sua controllata costituisce un’interferenza nella gestione di quest’ultima, che deve essere considerata un’attività economica facente sorgere il diritto a detrazione dell’IVA sulle spese sostenute dalla società per l’acquisto di titoli di tale controllata [...]”* (cfr. par. 35 della sentenza in commento).

Giova precisare che il suddetto diritto alla detrazione non spetta *tout court* a tutte le fattispecie, bensì viene limitato a tutte le casistiche in cui che la prestazione di servizi in argomento abbiano carattere stabile, siano effettuate a titolo oneroso e siano soggette ad IVA. Sono pertanto esclusi tutti i casi in cui i contratti di locazione (e più in generale di servizi) siano assoggettati ad un regime IVA di esenzione.

La sentenza assume rilievo in quanto la Corte di Giustizia ha esteso un principio consolidato della giurisprudenza comunitaria includendo anche le locazioni nel concetto di “ingerenza” della holding nelle scelte della controllata. Detta pronuncia ha chiarito che l’esistenza di un siffatto rapporto tra holding e controllata costituisce interferenza nella gestione di quest’ultima, qualificabile come attività economica ex art. 9 della direttiva 2006/112/CE, facendo quindi sorgere il diritto alla detrazione dell’IVA assolta sulle spese sostenute dalla società per l’acquisto di partecipazioni in tale controllata.

I principi espressi nella sentenza in commento – pur essendo poco rilevanti per le tipiche operazioni di LBO poste in essere dai fondi d’investimento, in quanto le Bidco non sono mai dotate di beni immobili oggetto di locazione – risulta invece conferente per tutti quei gruppi industriali, internazionali o familiari, in cui la holding detiene anche il patrimonio immobiliare del gruppo che poi viene locato alle proprie partecipate. Trattasi di strutture tipiche soprattutto nei gruppi industriali familiari in cui nella holding viene sovente scisso tutto il patrimonio immobiliare del gruppo, anche al fine di limitarne i rischi imprenditoriali.

Oltre all’interessante spunto offerto in relazione al principio di ingerenza, a parere di chi scrive, tale sentenza potrà influenzare anche l’esito della sentenza C/249-17 confermando le conclusioni dell’Avvocatura Generale.

### **Causa C-502/17 (causa C&D Foods) – Conclusioni dell’Avvocato Generale Juliane Kokott presentate il 6 settembre 2018**

Come citato in precedenza, nel corso degli ultimi anni la Corte ha esaminato in diversi procedimenti il diritto di una holding a far valere la detrazione dell’IVA assolta a monte nell’ambito dell’acquisto di quote societarie. In tale scenario assumono rilievo le conclusioni presentate dall’Avvocatura Generale nell’ambito della causa C-502/17 in quanto trattano lo speculare caso della vendita di azioni da parte di una holding. Il procedimento in esame offrirà dunque alla Corte l’occasione di precisare la propria posizione in merito al diritto alla detrazione IVA per le holding in relazione alle spese sostenute per perfezionare la cessione delle quote di una controllata.

La controversia (meglio nota come caso C&D Foods) verte sulla detraibilità dell’IVA assolta in relazioni ai servizi di consulenza ricevuti nell’ambito della prevista vendita, ma non conclusa, di una propria controllata (Arovit Petfood) a cui la holding prestava servizi di consulenza soggetti ad IVA. Il caso, sebbene diametralmente opposto ai precedenti casi analizzati dalla Corte, rappresenta un’importante passaggio al fine di inquadrare il regime IVA relativo a tutti i costi che solitamente, anche nel mercato

---

<sup>3</sup> Si veda nota 1.

del *private equity*, sono sostenuti in fase di *exit* (i.e. costi per le *vendor due diligence* ed i costi per le attività legali connesse alla negoziazione dello SPA).

Ebbene, l'Avvocato Generale Juliane Kokott nello sviluppare le proprie argomentazioni offre interessanti spunti da cui partire per inquadrare il corretto trattamento IVA.

Da un lato viene chiarito che *“secondo la giurisprudenza, la cessazione e l'avvio di un'attività economica devono essere trattate in maniera identica, in ossequio al principio di neutralità fiscale. Così come l'acquisto di quote può costituire, a determinate condizioni, un atto preparatorio ad un'attività economica, la quale ricade nell'ambito di applicazione dell'IVA, ciò deve valere anche per la vendita di quote, con la quale si pone fine ad un'attività economica”*. Quindi, la cessione da parte di una holding della partecipazione detenuta in un controllata è inquadrabile come attività economica e astrattamente idonea a sottendere la detraibilità IVA dei costi sostenuti in fase di *exit*.

Dall'altro, viene ribadito un principio consolidato della Corte, secondo cui è necessario verificare se i servizi di consulenza ricevuti dalla holding abbiano un nesso diretto e immediato con la cessione delle quote (operazione esente). In tale caso, infatti, sarebbe preclusa integralmente la detraibilità dell'IVA assolta in relazione a tali servizi. Nel caso trattato dall'Avvocato Generale Juliane Kokott, siffatto nesso sembra essere pacificamente appurato in quanto la consulenza verteva appunto sulla bozza di un contratto avente ad oggetto la vendita delle quote. Peraltro, ai fini della predetta verifica, e quindi della detraibilità IVA, a nulla rileva il fatto che la vendita in ultima istanza non si sia perfezionata (cfr. par. 47).

In attesa della sentenza, nelle proprie conclusioni l'Avvocato Generale Kokott afferma che, sebbene la vendita di quote di una controllata indiretta, con la quale si pone fine ad un'attività imponibile svolta in precedenza, costituisca un'attività economica astrattamente idonea a supportare la detraibilità IVA, qualora sussista un nesso diretto e immediato dei servizi di consulenza ricevuti con la vendita delle quote (operazione esente ai sensi dell'articolo 135, paragrafo 1, lettera f), della direttiva 2006/112), la detrazione IVA non spetta.

Alla luce di quanto precede si tratterebbe altresì di definire il perimetro dei costi per i quali sussista un nesso diretto e immediato con la cessione (es. redazione di un contratto per la cessione delle quote e dei connessi atti garanzia) e quali invece potrebbero non avere un nesso diretto ed immediato con una specifica cessione (es. *due diligence report* ovvero analisi di business redatte non già per una specifica e programmata cessione ma in via preliminare per valutare eventuali opportunità di disinvestimento).