

COMMISSIONE NORME DI COMPORTAMENTO E DI COMUNE INTERPRETAZIONE IN MATERIA TRIBUTARIA

*** **

LA DETRAZIONE IVA NELLE OPERAZIONI DI MERGER LEVERAGED BY OUT (MLBO)

NORMA DI COMPORTAMENTO N. 220

MASSIMA

L'imposta sul valore aggiunto dovuta o assolta dalla società veicolo ("SPV" o "Bidco") sugli acquisti di beni e servizi preordinati alla realizzazione di una operazione di fusione a seguito di acquisizione con indebitamento (*merger leveraged buy out* o *MLBO*) ex art. 2501-*bis* c.c. è detraibile ai sensi degli artt. 19 e ss., d.p.R. 633/1972 a condizione che la società risultante dalla fusione con la società bersaglio ("*target*") si qualifichi come soggetto passivo IVA e goda a sua volta del diritto alla detrazione dell'imposta.

MOTIVAZIONE

La disciplina IVA¹ subordina l'esercizio del diritto alla detrazione dell'imposta sul valore aggiunto alla duplice condizione che:

- (i) il soggetto che invoca tale diritto goda dello *status* di "soggetto passivo" d'imposta; e
- (ii) i beni e servizi acquistati siano impiegati da tale soggetto passivo ai fini di sue operazioni soggette ad IVA (*rectius*, ai fini di operazioni imponibili o di operazioni ad esse assimilate ai fini della detrazione).

Soggettività passiva

Le operazioni di *merger leveraged buy out* (MLBO) sono volte all'acquisizione di una società c.d. bersaglio (*target*) da parte di un'altra società, generalmente costituita per l'occasione (*SPV* o *newco*), la quale normalmente ricorre a fonti esterne di finanziamento; una volta acquisita la partecipazione, la società veicolo procede alla fusione (diretta o inversa) con la società *target*, con l'effetto di far gravare l'indebitamento sul patrimonio della società *target*, ormai confuso con quello dell'acquirente (SPV).

Tale sommaria descrizione delle varie fasi (costituzione della SPV, ricorso al capitale di debito, acquisizione della *target* e successiva fusione per incorporazione) in cui si articola l'operazione di MLBO rende evidente che l'acquisizione della partecipazione nel capitale della *target*, da parte della società veicolo, rappresenta una fase meramente transitoria e strumentale alla fusione della società

¹ Artt. 168 e ss. della Direttiva 2006/112/CE e artt. 19 e ss. del d.P.R. 633/1972.

veicolo con la propria controllata. La fusione (diretta o inversa) tra società veicolo e *target* rappresenta, infatti, fin dall'origine, il presupposto necessario dell'intera operazione di MLBO, in quanto funzionale al congiungimento del debito finanziario della (*ex*) società veicolo con il patrimonio della (*ex*) *target*.

Pertanto, la fattispecie delle società veicolo nell'ambito delle operazioni di MLBO è del tutto differente e dissimile rispetto a quelle analizzate dalla giurisprudenza euro-unionale in materia di società *holding* destinate alla detenzione ed eventuale gestione di partecipazioni societarie.

La società veicolo non è costituita ai fini della detenzione (attiva o passiva che sia) di partecipazioni, ma rappresenta uno strumento per raccogliere i fondi necessari all'acquisizione della *target* e allo scopo di gestirne direttamente l'azienda, successivamente al perfezionamento della fusione².

In tale contesto, ai fini IVA l'acquisizione della *target* rappresenta un'attività "preparatoria", che deve "già ritenersi parte integrante delle attività economiche" svolte dalle società veicolo, con la conseguenza che "chiunque abbia l'intenzione, confermata da elementi obiettivi, di iniziare in modo autonomo un'attività economica ed effettua a tal fine le prime spese di investimento deve essere considerato un soggetto passivo³, anche se tali beni e servizi non sono immediatamente utilizzati per lo svolgimento di tale attività economica e persino nei casi in cui questa attività non si sia potuta realizzare per cause estranee alla sua volontà⁴. È il principio di neutralità a esigere che le prime spese di investimento effettuate ai fini di una data operazione siano considerate attività economiche, mentre ritenere che tali attività rilevino solo dal momento in cui si realizzano operazioni attive contrasta con il suddetto principio e determina una arbitraria distinzione tra le spese di investimento effettuate prima e durante l'effettivo svolgimento dell'attività economica⁵.

² Sulla scorta di quanto precede, non è conforme ai principi sopra esposti l'orientamento interpretativo fatto proprio dall'Agenzia delle entrate, secondo cui la soggettività passiva e il regime della detrazione Iva nell'ambito di una operazione di MLBO dovrebbero essere determinati sulla base degli stessi principi elaborati dalla giurisprudenza in materia di *holding* di partecipazione (cfr. Circolare 30 marzo 2016, n. 6/E, Risposta ad istanza di consulenza giuridica 20 giugno 2019, n. 17 e risposte ad interpello 3 novembre 2021, n. 758 e 27 ottobre 2022, n. 529). In base a tale orientamento interpretativo, la mera acquisizione del capitale sociale della *target* da parte della società veicolo, ancorché preordinata alla successiva fusione, se non accompagnata da una interferenza nella gestione societaria della controllata che implichi l'effettuazione di operazioni soggette ad IVA (i.e. prestazioni di servizi amministrativi, finanziari, commerciali e tecnici a titolo oneroso, o riaddebito dei relativi costi da parte della controllante), sarebbe di per sé sufficiente ad escludere la soggettività passiva della società veicolo, con conseguente preclusione del diritto alla detrazione dell'IVA dalla stessa assoluta sui propri acquisti di beni e servizi.

³ Cfr. Corte di Giustizia UE, sentt. 12 novembre 2020, causa C-42/19, *Sonaecom SGPS SA*, punto 33; 17 ottobre 2018, causa C-249/17, *Ryanair*, punto 18; 2 giugno 2016, causa C-263/15, *NAV*, punto 32; 14 marzo 2013, causa C-527/11, *Ablessio*, punto 25; 1 marzo 2012, causa C-280/10, *Polški Trawertyn*, punto 28; 8 giugno 2000, causa C-400/98, *Breitsohl*, punto 34; 8 giugno 2000 causa C-396/98, *Schloßstraße GbR*, punto 36; 29 febbraio 1996, causa C-110/94, *INZO*, punto 15; 14 febbraio 1985, causa 268/83, *Rompelman*, punto 22.

⁴ Corte di Giustizia UE, sentt. 6 ottobre 2022, causa C-293/21, *UAB «Vittamed technologijos»*, punto 31; 25 novembre 2021, causa C-334/20, *Amper Metal Kft*, punto 35; 18 maggio 2021, causa C-248/20, *Skellefteå Industrihus AB*, punto 37; 2 novembre 2020, causa C-734/19, *ITH Comercial Timișoara SRL*, punto 34; 9 luglio 2020, causa C-374/19, *HF*, punto 26; 12 novembre 2020, causa C-42/19, *Sonaecom SGPS SA*, punto 40; 17 ottobre 2018, causa C-249/17, *Ryanair Ltd*, punto 25; 28 febbraio 2018, causa C-672/16, *Imofloresmira – Investimentos Imobiliários SA*, punto 40; 22 marzo 2012, causa C-153/11, *Klub OOD*, punto 47; 8 giugno 2000, causa C-396/98, *Schloßstraße*, punto 42; 8 giugno 2000, causa C-98/98, *Midland Bank*, punto 22; 29 febbraio 1996, causa C-110/94, *INZO*, punti 20 e 21; 5 gennaio 1998, causa C-37/95, *Ghent Coal Terminal*, punto 20.

⁵ Corte di Giustizia UE, sentt. 12 novembre 2020, causa C-42/19, *Sonaecom SGPS SA*, punto 39; 17 settembre 2018, causa C-249/17, *Ryanair*, punto 24; 14 marzo 2013, causa C-527/11, *Ablessio*, punti 25-26; 1 marzo 2012, causa C-280/10, *Polški Trawertyn*, punto 29; 8 giugno 2000, causa C-400/98, *Brigitte Breitsohl*, punto 37; 8 giugno 2000, causa C-396/98, *Schloßstraße*, punto 39; 21 marzo 2000, cause riunite da C-110/98 a C-147/98, *Gabalfrisa*, punto 45; 29 febbraio 1996, causa C-110/94, *INZO*, punto 22. Tali principi sono stati recepiti anche da una giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione oramai consolidata, secondo la quale anche le attività meramente preparatorie costituiscono esercizio di un'attività economica e, conseguentemente, anche l'acquisto dei beni e dei servizi necessari alla costituzione delle condizioni necessarie perché l'attività economica tipica dell'impresa possa concretamente iniziare devono

Impiego ai fini di operazioni soggette a IVA

Secondo la consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia UE il diritto alla detrazione dell'imposta assolta da un soggetto passivo sui propri acquisti di beni e servizi può essere esercitato a condizione che essi: (i) presentino un nesso "diretto ed immediato" con specifiche operazioni a valle che conferiscono un diritto a detrazione (*i.e.* operazioni imponibili o ad esse assimilate ai fini della detrazione), ovvero (ii) facciano parte delle "spese generali" del soggetto passivo che le ha sostenute e, in quanto tali, siano elementi costitutivi del prezzo dei prodotti e dei servizi che esso fornisce, presentando, dunque, un nesso immediato e diretto con il complesso della attività economica del soggetto passivo⁶.

Nell'uno o nell'altro caso, il costo degli acquisti a monte deve dunque essere incorporato o almeno destinato ad essere incorporato, rispettivamente, nel prezzo di specifiche operazioni a valle ovvero nel prezzo dei beni o dei servizi forniti dal soggetto passivo nel contesto delle sue attività economiche.

In considerazione delle specificità che caratterizzano le operazioni di MLBO, la detraibilità dell'imposta assolta dalla SPV nell'ambito di un'operazione siffatta deve essere verificata prendendo in considerazione le operazioni (*rectius*, la natura delle operazioni) attive che saranno poste in essere dalla società risultante dalla fusione fra il veicolo e la società *target*⁷.

Ciò anche considerando che, proprio sul presupposto della continuità dell'esercizio dell'impresa, i trasferimenti di azienda, ancorché realizzati mediante fusione societaria, sono esclusi da IVA ma non pregiudicano in alcun modo la detrazione dell'imposta assolta a monte⁸.

considerarsi strumentali ed inerenti allo svolgimento di detta attività economica. Cfr., tra le tante, Cass. Civ., Ord. 16 aprile 2021, n. 10173; sentt. 16 luglio 2020, n. 15239; 3 ottobre 2018, n. 23994; 21 settembre 2016, n. 18475; 28 gennaio 2015, n. 1578; 12 febbraio 2014, n. 3106; 29 gennaio 2014, n. 1859; 31 marzo 2011, n. 7344; 19 novembre 2010, n. 23400; 9 dicembre 2002, n. 17514; 21 dicembre 1999, n. 14350.

⁶ Cfr., tra le tante, Corte di Giustizia UE, sentt. 25 novembre 2021, causa C-334/20, *Amper Metal Kft*, punti 31 e 32; 12 novembre 2020, causa C-42/19, *Sonaecom SGPS SA*, punto 42; 1 ottobre 2020, causa C-405/19, *Vos Aannemingen BVBA*, punti 25 e 26; 3 luglio 2019, causa C-316/18, *The Chancellor, Masters and Scholars of the University of Cambridge*, punti 25 e 26; 24 gennaio 2019, causa C-165/, *Morgan Stanley & Co International plc*, punti 56 e 57; 17 ottobre 2018, causa C-249/17, *Ryanair Ltd*, punti 26 e 27; 14 settembre 2017, causa C-132/16, *Iberdrola Inmobiliaria Real Estate Investments*, punti 28 e 29; 12 gennaio 2017, causa C-28/16, *MVM*, punti 38 e 39; 10 novembre 2016, causa C-432/15, *Pavčina Baštová*, punti 43 e 44; 16 luglio 2015, cause riunite C-108/14 e C-109/14, *Larentia + Minerva e Marenave*, punto 24; 22 ottobre 2015, causa C-126/14, *Sveda UAB*, punto 28; 13 marzo 2014, causa C-204/13, *Malburg*, punto 38; 18 luglio 2013, causa C-124/12, *AES-3C Maritza East 1 EOOD*, punto 28; 18 luglio 2013, causa C-26/12, *PPG Holdings BV*, punto 22; 21 febbraio 2013, causa C-104/12, *Becker*, punto 20; 6 settembre 2012, causa C-496/11, *Portugal Telecom SGPS, SA*, punto 37; 6 settembre 2012, causa C-496/11, *Portugal Telecom SGPS, SA*, punto 37; 16 febbraio 2012, causa C-118/11, *Eon Aset Menidjunt OOD*, punto 47; 8 febbraio 2007, causa C-435/05, *Investrand*, punto 24; SKF, cit., punto 58; 22 febbraio 2001, causa C-408/98, *Abbey National*, punti 35-36; 8 giugno 2000, causa C-98/98, *Midland Bank*, punto 31.

⁷ Questa interpretazione trova conferma nella sentenza 3361/2022, depositata in data 5.12.2022, della Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Milano, che ha riconosciuto la legittimità della detrazione in capo alla società veicolo in una operazione di MLBO, sul presupposto che la SPV era stata costituita "al solo scopo di facilitare la costituzione del nuovo soggetto operativo, essendo diventata tale essa stessa, ad esito della complessa procedura posta in essere dalle parti nell'ambito del processo di ristrutturazione societaria".

⁸ Come è noto, l'art. 19, comma 2, d.p.R. 633/1972 dispone che "Non è detraibile l'imposta relativa all'acquisto o all'importazione di beni e servizi afferenti operazioni esenti o comunque non soggette all'imposta ...". L'art. 19, comma 3, del medesimo d.p.R. 633/1972 dispone che "La indetraibilità di cui al comma 2 non si applica se le operazioni ivi indicate sono costituite da ... c) operazioni di cui all'art. 2, terzo comma, lettere ... b) [i.e. cessioni e conferimenti in società o altri enti aventi per oggetto aziende o rami di aziende, n.d.r.] ... ed f) [i.e. passaggi di beni in dipendenza di fusioni, scissioni o trasformazioni di società, n.d.r.], d.p.R. 633/1972". Come anche chiarito dall'amministrazione finanziaria, nella circolare 328/E/1997, paragrafo 3.1.1., le operazioni da ultimo menzionate sono assimilate a quelle imponibili ai fini della detrazione, con la conseguenza che un soggetto che (come la SPV, nell'ambito delle operazioni di MLBO) ponga in essere soltanto tali operazioni non dovrebbe subire alcuna limitazione al proprio diritto di detrazione.

Tale conclusione è peraltro coerente con il principio di “*neutralità della forma giuridica*”: sebbene le operazioni di MLBO siano normalmente realizzate tramite il preventivo acquisto delle quote o azioni rappresentative del capitale sociale della target, tali fattispecie rappresentano una stretta analogia con la situazione in cui una società neocostituita intenda acquistare tutti gli *asset* di una determinata società obiettivo al fine di proseguirne l’attività, ed è pacifico che, in una situazione siffatta, il diritto alla detrazione dell’IVA andrebbe riconosciuto alla società acquirente nella misura in cui gli elementi dell’attivo acquisiti siano utilizzati ai fini di operazioni soggette ad imposta⁹.

⁹ Sotto questo aspetto si può ritenere conferente il richiamo alla sentenza della Corte di Giustizia UE del 29 aprile 2004, relativa alla causa C-137/02, *Faxworld*. Con tale pronuncia, la Corte ha infatti sancito che una società creata al solo fine di costituire una società di capitali può legittimamente portare in detrazione l’imposta dalla stessa assolta sull’acquisto di beni di investimento e servizi successivamente trasferiti alla costituenda società di capitali, a nulla rilevando la circostanza che la prima società, in conformità al proprio scopo sociale, non avesse effettuato operazioni attive soggette ad imposta. In tale occasione la Corte di Giustizia UE ha pertanto riconosciuto la sussistenza di un nesso immediato e diretto tra le operazioni passive della società di persone e quelle attive della (diversa) società di capitali proprio perché, per effetto del trasferimento del complesso aziendale (dalla prima) alla seconda, quest’ultima era subentrata nella posizione della società dante causa, anche con riguardo alla conduzione della relativa attività di impresa. È ragionevole ritenere che le medesime argomentazioni siano applicabili, *mutatis mutandis*, al caso dell’operazione di MLBO, in quanto anch’essa determina il trasferimento di un complesso autonomo di beni funzionali allo svolgimento di un’attività economica (*i.e.* l’azienda della *target*).