

3 Gennaio 2014, ore 09:17

Elusione del principio di inerenza**Merger leverage buy out: tra abuso del diritto e inerenza degli interessi sul finanziamento****La Corte di Cassazione rimette in discussione le valutazioni circa il requisito dell'inerenza della deducibilità degli interessi passivi in una operazione di Merger Leverage Buy Out (MLBO).***di Stefano Loconte - Professore a contratto di Diritto Tributario e Diritto dei Trust, Università degli Studi LUM "Jean Monnet" di Casamassima (BA), Avvocato, Ernesto Sellitto - Avvocato, Loconte & Partners*

Il fatto oggetto delle valutazioni della Suprema Corte attiene ad un'operazione posta in essere da un fondo di investimento estero che, per acquisire una società italiana (target), costituisce una società veicolo nel territorio dello Stato (Newco). La Newco viene capitalizzata in parte con mezzi propri in parte ricorrendo ad un finanziamento bancario garantito dal pegno sulle azioni della società target. Una volta acquisite le azioni della target la Newco si fonde con essa.

Tale operazione viene ormai ritenuta lecita nel nostro ordinamento con l'introduzione dell'art. 2501-bis c.c.. Tuttavia, da un punto di vista fiscale, le contestazioni mosse dall'Agenzia delle Entrate si sono basate:

(i) sull'elusività di tale operazione perché non sorretta da valide ragioni economiche in quanto tesa a far confluire sulla target i costi degli interessi passivi nati a seguito dell'operazione di finanziamento in modo da ridurre la base imponibile di quest'ultima;

(ii) sulla violazione dell'art. 109 TUIR per indeducibilità degli interessi passivi da finanziamento per difetto di inerenza;

(iii) sulla violazione della normativa sul transfer price in quanto la Newco agisce per conto della controllante estera e dunque eroga, nei confronti di quest'ultima, dei servizi ancorché non retribuiti.

La sentenza n. 24434 del 2013 è interessante in quanto i Giudici fissano degli importanti principi. In particolare, la Cassazione ritorna sulla configurabilità del principio dell'abuso del diritto statuendo che l'abuso del diritto prescinde "dalla violazione di norme tributarie e dunque dalla qualificazione di illiceità della condotta del contribuente", pertanto laddove si contesti la mancanza di inerenza dei costi non si potrà, allo stesso tempo, contestare l'operazione come abusiva.

Inoltre i Giudici di legittimità hanno ritenuto che i Giudici di appello non si siano pronunciati sulle richieste dell'Agenzia delle Entrate e cioè che non abbiano definito e motivato se, nel caso di specie, la Newco avrebbe - di fatto - erogato dei servizi nei confronti della controllante estera. Se così fosse, la Newco avrebbe dovuto addebitare un corrispettivo alla controllante pari almeno al costo degli interessi passivi sostenuti a seguito della contrazione del debito per l'acquisto della target; o, in alternativa, non avrebbe dovuto procedere a dedurli dal reddito imponibile per difetto di inerenza in quanto non sostenuti per la realizzazione di reddito imputabile alla società stessa ma per generare un vantaggio ad un soggetto terzo (la controllante).

La sentenza in commento, che cassa la sentenza impugnata, rinvia la causa ad altra sezione della Commissione tributaria regionale competente per accertare se gli oneri per interessi passivi sostenuti dalla Newco possano qualificarsi come "inerenti" alle attività economiche in concreto svolte dalla Newco stessa, sembra contrastare l'orientamento giurisprudenziale (espresso, ad esempio, dalla stessa Cassazione con la sentenza n. 1372 del 2011 - "La libertà economica non può essere limitata per ragioni fiscali") che riteneva le operazioni di MLBO non censurabili sotto il punto di vista dell'inerenza in riferimento ai costi sostenuti per gli interessi passivi da finanziamento.

Tale orientamento fondava le proprie basi su una analisi letterale delle norme del TUIR che ai fini della deducibilità degli interessi passivi - oggi art. 96 - non fanno riferimento al previo requisito dell'inerenza. E d'altronde siffatta impostazione risponde all'impossibilità di stabilire con certezza il legame tra un finanziamento produttivo di interessi passivi e il suo utilizzo ai fini della generazione di reddito dell'impresa che contrae il debito in quanto il costo sostenuto per autofinanziarsi di rado è riconducibile ad uno specifico impiego.

L'impostazione espressa dai Giudici di legittimità con la sentenza n. 24434 segue l'orientamento sancito dalla sentenza n. 24930 del 2011 secondo la quale ai fini della deducibilità degli interessi passivi "l'elemento decisivo[...] è determinato dall'inerenza di tali componenti negativi all'attività di impresa".

Vi è da segnalare, tuttavia, che anche a voler accettare la visione della Cassazione, nel caso di specie non pare potersi affermare la non inerenza di un costo sostenuto per finanziare l'acquisto di partecipazioni di una società target. Nelle operazioni di MLBO tale atto è certamente inerente all'attività d'impresa. D'altronde non si spiegherebbe altrimenti la creazione di una società veicolo il cui unico scopo è quello di acquisire partecipazioni di un'altra società, e ciò è ancor più palese dopo la fusione.

Inoltre, come già affermato dalla stessa Cassazione, l'art. 96 TUIR non prevede alcuna preclusione per quanto riguarda l'inerenza, per la deducibilità degli interessi passivi connessi all'acquisto di partecipazioni.

Anzi, l'attuale sistema di deduzione degli interessi passivi prevede un meccanismo forfetario in cui non viene posta attenzione sull'impiego del finanziamento ricevuto.

*Copyright © - Riproduzione riservata**Corte di Cassazione, sez. trib., sentenza 30/10/2013, n. 24434*

Copyright © 2013 Wolters Kluwer Italia - P.I. 10209790152 - Cod. ISSN 2239-0545

Sviluppato da OS3 srl