

Operazioni straordinarie: il trasferimento delle perdite dopo il Correttivo Ires

di **Paolo Meneghetti** - Comitato Scientifico Master Breve 365

Circolari e Riviste

**IL REDDITO
DI IMPRESA**

IN OFFERTA PER TE € 78 + IVA 4% anziché € 120 + IVA 4%
Inserisci il codice sconto **ECNEWS** nel form del carrello on-line per usufruire dell'offerta
Offerta non cumulabile con sconto Privilege ed altre iniziative in corso, valida solo per nuove attivazioni.
Rinnovo automatico a prezzo di listino.

-35%
Abbonati ora



Uno dei temi, spesso presente nelle operazioni straordinarie, è il trasferimento delle perdite fiscali pregresse dal soggetto dante causa al soggetto avente causa della stessa operazione. Le condizioni che presidiano tale trasferimento sono scritte negli articoli 172 e 173, Tuir, per fusioni e scissioni, cioè le operazioni che prevedono una “movimentazione fiscale” del patrimonio netto, quindi, una movimentazione di riserve e perdite pregresse. Sotto questo profilo, occorre subito separare la fattispecie della scissione ordinaria da quella della scissione con scorporo ex articolo 2506.1, cod. civ., operazione, quest’ultima, che non determina modifiche sostanziali nel patrimonio netto, il che dovrebbe portare alla conseguenza che la gestione delle riserve e delle perdite sia simile a quella del conferimento d’azienda.

Ebbene, il c.d. Correttivo Ires, creando *ex novo* la fiscalità della scissione con scorporo, assume una posizione per certi versi ambivalente, laddove per la gestione delle riserve si afferma che ciascuna società (scissa e beneficiaria) mantiene le caratteristiche fiscali del proprio patrimonio netto (riserve di capitale per la beneficiaria), mentre quando si affronta la tematica delle perdite (e ci si aspetterebbe un’analoga previsione) si statuisce che il riporto a nuovo spetta alla beneficiaria in base alla percentuale di patrimonio netto trasferito. Ciò emerge dal nuovo comma 15-ter che il c.d. Correttivo Ires inserisce nell’articolo 173, Tuir, laddove alla lettera f) si afferma che le riserve iscritte dalla società scissa nel bilancio antecedente quello di efficacia della scissione scorporo mantengono il loro regime fiscale. Nel contempo, però, nella precedente lettera e) del citato nuovo comma 15-ter si prevede che, ai fini della ripartizione delle posizioni soggettive, il criterio della percentuale di patrimonio netto contabile trasferito alla beneficiaria va calcolato, nella scissione scorporo, avendo riferimento al valore totale del netto esistente nel bilancio chiuso prima della scissione. A questo punto, il Legislatore del c.d. Correttivo Ires aggiunge che il criterio del valore percentuale del netto contabile non si applica ai crediti d’imposta chiesti a rimborso dalla scissa senza citare alcuna altra posizione soggettiva. Ne consegue che la perdita fiscale pregressa dovrebbe “subire” l’applicazione del criterio percentuale, il che lascia più di una perplessità proprio a causa dell’analogia tra scissione scorporo e conferimento d’azienda, operazione nella quale la conferente non trasferisce alcuna perdita fiscale pregressa alla conferitaria.

Ma tornando all'ambito dell'operazione di scissione societaria (ordinaria) il tema del riporto a nuovo, ovvero del trasferimento delle perdite fiscali con compensazione intersoggettiva, si caratterizza con proprie specificità rispetto alla normativa in materia di fusione, normativa che pure è richiamata esplicitamente nell'articolo 173, comma 10, Tuir. Inoltre, sulla questione della corretta applicazione del *test* di vitalità è recentemente intervenuta la circolare n. 31/E/2022, innovando, con contenuti non del tutto condivisi in dottrina, le modalità operative precedentemente seguite.

Vediamo di capire quali siano le specificità nel delicato argomento di trasferimento delle perdite fiscali pregresse in occasione della operazione di scissione societaria ordinaria.

Il criterio di proporzionalità

Anzitutto, va ricordato che tipica conseguenza dell'effetto divisorio di patrimoni netti, che avviene nella scissione, è che gli elementi soggettivi fiscali (articolo 173, comma 4, Tuir) vanno attribuiti alle società risultanti in proporzione alle quote di patrimonio netto contabile attribuite a scissa e beneficiaria.

Che la disciplina generale di ripartizione proporzionale disposta dall'articolo 173, comma 4, Tuir, si attui anche alle perdite, è tesi assodata, che, comunque, trova conferma nella prassi dell'Agenzia delle entrate, come segnalato dalla circolare n. 220/E/2000 in cui si afferma: *“Ed invero, l'art. 123-bis, comma 10, del TUIR, (ora articolo 173, Tuir, ndA) riferendosi esclusivamente alla società scissa, regola due aspetti strettamente connessi tra loro, riguardanti l'imputazione e la limitazione al riporto delle perdite. Per quanto riguarda il primo, con il rimando al comma 4 dello stesso articolo, si stabilisce un criterio di imputazione proporzionale delle perdite, con la conseguenza che le perdite della società scissa vanno attribuite alle beneficiarie in proporzione alle quote di patrimonio netto contabile trasferito”*.

Il test di vitalità

Le perdite fiscali che possono essere trasferite a seguito di scissione societaria devono sottostare al c.d. *test* di vitalità. Il fine della norma di cui all'articolo 172, comma 7, Tuir, cioè evitare una compensazione intersoggettiva delle perdite in assenza di condizioni di vitalità economica, va letto con attenzione in relazione alla particolarità della scissione rispetto alla fusione. Infatti, per quest'ultima operazione esistono situazioni in cui il trasferimento delle perdite non deve sottostare al soddisfacimento del *test* di vitalità, e ciò nei casi in cui tramite la scissione non si verifica il pericolo della compensazione intersoggettiva tra redditi e perdite.

Ciò avviene, come ha affermato la circolare n. 9/E/2010, in 2 casi:

- per la quota di perdita rimasta di pertinenza della scissa;
- per la quota di perdite trasferita a beneficiaria *neo*

Nel primo caso, la compensazione intersoggettiva è scongiurata dalla circostanza che la perdita rimasta di pertinenza della scissa non viene trasferita e, pur in assenza di condizioni di vitalità, la situazione che si presenta (limitatamente a questa quota di perdita) è la stessa che si verificherebbe senza che sia eseguita l'operazione di scissione. È chiaro che, invece, la quota di perdita che viene trasferita alla beneficiaria viene bloccata, poiché per questa si verifica la compensazione intersoggettiva.

Nel secondo caso, il trasferimento della perdita si realizza, ma senza che si compensi alcun reddito pregresso data la *neo* costituzione della beneficiaria. Ciò attesta che l'obiettivo perseguito dall'articolo 172, Tuir, non è impedire *tout court* la compensazione intersoggettiva ove siano assenti i parametri di vitalità, ma è bloccare il trasferimento delle perdite quando esse vadano a compensare redditi attuali non redditi futuri. Quindi, potremo parlare, in assenza di condizioni di vitalità, di divieto di compensazione intersoggettiva, con riferimento ai redditi prodotti nel periodo d'imposta nel quale viene eseguita la scissione per società preesistenti, enunciato che fa salve le società *neo* costituite.

Pertanto, il *test* di vitalità va eseguito quando la beneficiaria è preesistente e a essa vengono trasferite, in proporzione al patrimonio netto attribuito, perdite fiscali generate dalla scissa. Per la verità, il *test* di vitalità va eseguito anche con riferimento alle perdite della beneficiaria, ma il dato delicato e per il quale recentemente l'Agenzia delle entrate ha modificato la propria tesi è rappresentato dalle perdite della scissa trasferite alla beneficiaria. Infatti, per esse, la circolare n. 9/E/2010 aveva, da una parte, individuato il limite di attribuzione nel patrimonio netto trasferito alla beneficiaria, ma dall'altra, soprattutto, aveva previsto che la condizione di vitalità economica, calcolata sull'intera società scissa, potesse essere ereditata *tout court* dal ramo d'azienda oppure dai singoli beni oggetto di scissione.

È su questo punto che interviene la recente circolare n. 31/E/2022, negando l'equazione "*vitalità delle intera scissa/vitalità del compendio trasferito*", e, al contrario, sostenendo l'obbligo di calcolare i parametri di vitalità riferiti al solo compendio oggetto di scissione. È evidente la difficoltà di quest'ultima impostazione nel senso che solo nel caso in cui oggetto di scissione fosse un ramo di azienda dotato di contabilità separata potrebbero essere ragionevolmente calcolati i parametri (40% dei ricavi e del costo del personale), ma se, diversamente, non fosse presente la contabilità separata, i conteggi sarebbero per un verso complessi e per l'altro sempre arbitrari, e, come tali, sottoponibili a censure da parte dell'Agenzia delle entrate. Per tacere del caso in cui oggetto di scissione fosse un singolo bene, caso in cui non si vede come parametrare a esso i ricavi e il costo del personale. Si pensi al classico *spin off* immobiliare nel quale viene scisso un immobile, magari anche di rilievo per l'ammontare del patrimonio netto contabile, da cui deriverebbe l'attribuzione di un ammontare di perdita significativo: ma come si può parametrare i ricavi e il costo del personale a un singolo bene? Da qui la tesi sconcertante proposta da alcuni, e cioè che questa interpretazione ha come necessaria conseguenza (e, forse, questo era anche l'obiettivo finale della circolare n. 31/E/2022) la produzione d'istanza d'interpello per delegare all'Agenzia delle entrate il giudizio sulla legittimità del trasferimento delle perdite.

Ma se così è, allora, è inutile scrivere norme tese a disciplinare oggettivamente il *quantum* di perdita fiscale trasferibile, se poi il risultato concreto è demandare la scelta all'Agenzia delle entrate.

Perdite da fusione: cosa cambia con il c.d. Correttivo Ires

Il c.d. Correttivo Ires approvato dal CdM in via preliminare il 30 aprile 2024 e licenziato con “*bollinatura*” dalla Ragioneria dello Stato, ha previsto un intervento normativo che modifica in modo non trascurabile la disciplina del riporto delle perdite in occasione di operazioni di fusione societaria, cioè il disposto dell'articolo 172, comma 7, Tuir. Sul punto, la Legge Delega (articolo 6, lettera e), punto 3, L. 111/2023) aveva previsto un riordino della disciplina fondato sui seguenti punti: *“modifica della disciplina del riporto delle perdite nell'ambito delle operazioni di riorganizzazione aziendale, non penalizzando quelle conseguite a partire dall'ingresso dell'impresa nel gruppo societario, e revisione del limite quantitativo rappresentato dal valore del patrimonio netto e della nozione di modifica dell'attività principale esercitata”*.

La norma attuale stabilisce, infatti, il limite del patrimonio netto contabile della società che ha prodotto le perdite come ammontare massimo da rispettare nell'ottica di trasferire le perdite stesse ad altra società partecipante alla fusione. Sempre la norma attuale individua 2 procedure per determinare il tetto dell'ammontare di perdita riportabile: o il patrimonio netto risultante dall'ultimo bilancio approvato, oppure il netto risultante dalla redazione della situazione patrimoniale, redatta ex articolo 2501-*quater*, cod. civ., situazione patrimoniale che viene redatta con gli stessi principi di redazione del bilancio, quindi, valutando le poste dell'attivo al costo sostenuto. Il dato contabile così ottenuto va depurato dei versamenti e dei conferimenti fatti dai soci nei 24 mesi antecedenti la data cui si riferisce il bilancio o la situazione patrimoniale.

Al riguardo, prima di esaminare il tema delle modifiche che saranno introdotte dal c.d. Correttivo Ires, va sottolineato che un argomento sul quale non si registra una chiara presa di posizione da parte dell'Agenzia delle entrate è quello dei versamenti eseguiti dai soci in conto finanziamento, e poi fatti oggetto di rinuncia proprio nell'arco temporale monitorato dalla norma di cui all'articolo 172, comma 7, Tuir, cioè i 24 mesi antecedenti la data d'effetto dell'operazione aggregativa. Il tema da valutare è sostanzialmente il seguente: in presenza di versamenti eseguiti a titolo di finanziamento, eseguiti sì in date remote, ma diventati apporti di capitale a seguito di rinuncia alla restituzione entro i 24 mesi di cui sopra, è da considerare la data del versamento o la data della trasformazione del titolo da debito a capitale? Si tratta di un tema molto delicato per il quale non è facile dare una risposta tranciante.

Chi scrive osserva che depongono a favore della considerazione della data dell'effettivo versamento della liquidità a favore della società 2 considerazioni:

1. la norma ha obiettivo antielusivo, tendente a scongiurare che versamenti eseguiti in tempi vicini alla fusione abbiano come unico obiettivo il tentativo di trasferire all'incorporante un ammontare più elevato possibile di perdite. Sotto questo profilo, si

potrebbe dimostrare che tale eventualità è scongiurata nel caso in cui, ad esempio, l'effettivo versamento sia stato eseguito in date non sospette e, comunque, molto tempo prima rispetto al lasso temporale dei 24 mesi;

2. la norma parla di “*conferimenti e versamenti*”, non solo di conferimenti, e nei versamenti ci potrebbe stare anche il finanziamento soci, anche se esso è diventato conferimento nell'arco temporale sospetto dei 24 mesi.

Sulla questione, tutt'altro che rara nella prassi quotidiana, sarebbe opportuna una presa di posizione da parte della Agenzia delle entrate.

Ma tornando alla novità che si registra nel c.d. Correttivo Ires, va sottolineato il superamento della nozione di patrimonio netto contabile quale tetto “*necessario*” per quantificare l'entità della perdita fiscale trasferibile: infatti, il nuovo comma 7 dell'articolo 172, Tuir, introduce la possibilità, *rectius*, cita quale prima modalità operativa da applicare la valutazione “*economica*” e non contabile del patrimonio netto. Tale valutazione deve derivare da una perizia di stima eseguita da un soggetto designato dalla società e qualificato come revisore legale ex articolo 2409-bis, cod. civ.. È chiaro che questa novità porta con sé un tendenziale ampliamento della possibilità di trasferimento delle perdite, laddove si pensi alle plusvalenze latenti che potranno essere valutate a incremento del patrimonio netto. Tra queste, un elemento di particolare delicatezza è rappresentato dall'avviamento che, come è noto, è elemento patrimoniale la cui determinazione è alquanto soggettiva e, d'altra parte, non risulta che vi siano elementi tali da portare alla conclusione di dover escludere tale dato dal computo peritale. Ma la contropartita a tale apertura sarà interrogarsi sulla possibilità che l'Agenzia delle entrate avrà per contestare l'entità della perizia di stima. Alcuni esiti della Corte di Cassazione (tra cui sentenza n. 16366/2020) tenderebbero a riconoscere all'Agenzia delle entrate un potere di sindacabilità sui valori periziati e giurati, il che, però, se confermato, depotenzierebbe alquanto l'alternativa prevista dal Legislatore del c.d. Correttivo Ires, nel senso che non vi è nulla di più soggettivo della stima del valore economico di una società. Ora, altro è se il perito ha eseguito valutazioni false per le quali egli è responsabile anche penalmente, altro è se i valori peritati siano suscettibili di contestazione sul *quantum*, pur non avendo nulla da eccepire sulla correttezza del procedimento valutativo: in questo caso, non avrebbe molto senso introdurre una possibilità di quantificazione peritale del netto patrimoniale, se poi essa fosse sindacabile dall'Agenzia delle entrate.

Un secondo elemento di novità, che mette fine a un contenzioso ormai ultradecennale, è il computo nel controllo del *test* di vitalità anche della frazione d'esercizio che va dall'inizio dell'esercizio alla data di effetto della fusione: tale inserimento, che ormai da diversi anni è sempre stato sostenuto dall'Agenzia delle entrate, altrettanto da sempre è stato contestato dalla dottrina. Infatti, quest'ultima, appellandosi a un dato letterale (articolo 172, comma 7, versione attuale del Tuir) che introduce il *test* di vitalità solo per l'esercizio antecedente a quello di efficacia della fusione, da confrontarsi con i 2 ulteriormente precedenti, ha sottolineato che nessun riferimento viene fatto alla frazione d'esercizio sopra citata, quale dato da computare nel confronto per il *test* di vitalità. Ora, il c.d. Correttivo Ires inserisce nello stesso *test* di vitalità anche la frazione d'esercizio in questione e ciò conferma, a parere di chi

scrive, che fino alla modifica *de quo*, aveva ragione la dottrina a scartare la tesi inclusiva dell'Agenzia delle entrate, tesi che solo in futuro, a fronte di una specifica modifica del citato articolo 172, Tuir, potrà essere sostenuta.

Le modifiche alla disciplina del riporto delle perdite fiscali nel c.d. Correttivo Ires e nella prassi dell'Agenzia delle entrate

Uno dei temi sensibili nell'ambito delle operazioni di acquisizione di partecipazioni di controllo è quello della limitazione al riporto a nuovo delle perdite della società le cui partecipazioni vengono trasferite. Sotto questo profilo, l'articolo 84, comma 3, Tuir (versione attuale senza le modifiche previste dal c.d. Correttivo Ires), statuisce alcuni vincoli al riporto delle perdite rendendolo non possibile laddove:

- venga ceduta la maggioranza delle partecipazioni delle società che riporta le perdite;
- venga modificata l'attività principale svolta negli esercizi in cui dette perdite sono state realizzate.

Il divieto di riporto delle perdite si applica laddove la modifica della attività avvenga nel periodo di trasferimento delle partecipazioni o nei 2 successivi o anteriori. La *ratio* della norma è evidentemente quello di bloccare il commercio di bare fiscali, obiettivo che si può realizzare laddove venga acquistata la maggioranza delle partecipazioni in una società in perdita a cui poi venga mutata l'attività per trasferire i ricavi del soggetto in utile in un contenitore societario (acquisito a tale scopo) in perdita, ottenendo, così, una sostanziale compensazione intersoggettiva delle perdite stesse. Ora, a prescindere dalle esimenti (numero dipendenti non inferiori a 10 e soddisfacimento del *test* di vitalità), questa limitazione poggia su un chiaro presupposto, che è la modifica dell'attività principale esercitata dalla società in perdita. Tale presupposto è stato variamente interpretato da alcune recenti pronunce dell'Agenzia delle entrate, che hanno esteso in modo significativo la definizione di "*modifica della attività*". Il riferimento, tra gli altri, è alla risposta a interpello n. 214/E/2022, con cui sono state esaminate, dal punto di vista della modifica dell'attività principale, 2 circostanze:

- la prima è la concessione della gestione in affitto di azienda da parte del soggetto che ha prodotto le perdite. In tal caso, non si produce, secondo la condivisibile tesi espressa nella risposta a interpello citata, una modifica sostanziale del tipo di attività eseguita, ma semplicemente una diversa modalità organizzativa per gestire la stessa attività;
- la seconda, invece, del tutto non condivisibile, è che un'immissione di risorse finanziarie, da parte del soggetto che ha acquistato la maggioranza delle partecipazioni, può equivalere a una modifica dell'attività. Sul punto, la risposta a interpello citata recita: "*si ritiene che la preclusione antielusiva specifica possa scattare, in linea teorica, salvo riscontro caso per caso, sia laddove vi sia il passaggio dell'attività principale svolta dalla società da un comparto merceologico ad un altro, sia, a determinate condizioni, quando il cambiamento avvenga nell'ambito dello stesso comparto merceologico e comporti una espansione/riattivazione della principale attività un tempo*

esercitata (e da cui sono conseguite le perdite)”.

Non risulta chiaro, a chi scrive, come possa l’inserimento di risorse finanziarie generare un cambiamento dell’attività, quando il comparto merceologico nel quale essa è svolta è il medesimo di quella svolta dalla società le cui partecipazioni sono state acquisite. Il passaggio non risulta adeguatamente motivato, nemmeno nel caso in cui, come si dice nel testo citato, le risorse aggiuntive immesse nella società fossero superiori a quelle fisiologicamente a disposizione della società che riporta le perdite. Ma anche se fosse provato che l’acquirente della maggioranza delle partecipazioni ha immesso ingenti risorse proprie per finanziare e riorganizzare un’attività in perdita, sfugge il motivo per cui questa operazione dovrebbe essere ascritta tra quelle elusive. L’operazione elusiva consiste nel seguente esempio: la società Tizio, che vende capi di abbigliamento ed è in forte utile, acquista il controllo della società Caio, che vende giocattoli in forte perdita, e successivamente trasferisce parte del proprio fatturato alla società Caio, che nel frattempo ha cambiato l’attività, entrando nel mercato dell’abbigliamento, ottenendo così la compensazione di fatto della perdita con l’utile trasferito. Ma se, al contrario, la società Tizio acquista il controllo della società Caio, e successivamente immette ingenti risorse finanziarie e continua l’attività di cessione di giocattoli, in che modo sarebbe realizzato un intento elusivo di compensazione delle perdite mediante modifica dell’attività?

Evidentemente, queste perplessità erano presenti anche nelle considerazioni che hanno portato a riscrivere il testo dell’articolo 84, comma 3, Tuir, così come emerge nel c.d. Correttivo Ires. Infatti, nel nuovo comma 3 del citato articolo 84, Tuir (decorrenza della modifica normativa dalle operazioni svolte dal periodo d’imposta di approvazione della presente modifica, quindi, verosimilmente, il 2024), si chiarisce, questa volta in modo inequivocabile, che “... *la modifica della attività si intende realizzata in caso di cambiamento di settore o comparto merceologico*”, mentre non viene eseguito alcun accenno al tema dell’immissione di risorse finanziarie. Ciò ad attestare che l’unica modifica della attività è quella oggettiva ed essa non si realizza mai tramite un mutamento organizzativo o un incremento della capitalizzazione.

Interessanti sono anche le novità in materia di esimenti, cioè le circostanze che, ove verificate, rendono inapplicabile le limitazioni all’utilizzo delle perdite. Nell’attuale comma 3 dell’articolo 84, Tuir, le esimenti erano rappresentate dall’aver avuto (la società che ha prodotto le perdite) nel biennio precedente a quello del trasferimento delle partecipazioni, un numero di dipendenti mai inferiori a 10 unità e dal superamento del c.d. *test* di vitalità.

Nella versione *post* modifiche del c.d. Correttivo Ires, scompare il riferimento al numero dei dipendenti, mentre viene introdotta una nuova esimente rappresentata dal trasferimento delle partecipazioni e modifica dell’attività all’interno di un medesimo gruppo di imprese. In tal caso, viene considerato come unico soggetto rilevante il gruppo di imprese, all’interno del quale possono essere eseguite operazioni che comportano una compensazione intersoggettiva tra perdite e utili, proprio in funzione della sostanziale unicità del soggetto sul piano economico, ancorché esso si presenti come una pluralità di soggetti sul piano giuridico.



Peraltro, va rilevato come all'interno del gruppo sarebbe possibile ottenere comunque una compensazione intersoggettiva delle perdite tramite l'adesione al consolidato fiscale, quindi, una limitazione all'utilizzo delle perdite sarebbe distonica con altre disposizioni di sistema.