
Estratto

Estratto da un prodotto in vendita su **ShopWKI**, il negozio online di Wolters Kluwer Italia

Vai alla scheda →

Wolters Kluwer opera nel mercato dell'editoria professionale, del software, della formazione e dei servizi con i marchi: IPSOA, CEDAM, Altalex, UTET Giuridica, il fisco.



Wolters Kluwer

3. **NUOVA DISCIPLINA DEL RIPORTO DELLE PERDITE FISCALI NELLE OPERAZIONI STRAORDINARIE**

*di Gianfranco Ferranti, Antonio Fiorentino Martino e Paolo
Scarioni*

3.1. PREMESSA

L'art. 6, lett. e), della Legge delega per la riforma fiscale (Legge 9 agosto 2023, n. 111) invitava il Governo a procedere al “riordino del regime di compensazione delle perdite fiscali e di circolazione di quelle delle società partecipanti a operazioni straordinarie o al consolidato fiscale” fissando, in proposito, i seguenti principi e criteri direttivi:

“1) revisione del regime delle perdite nel consolidato, al fine di evitare le complessità derivanti dall'attribuzione di quelle non utilizzate dalla consolidante all'atto dell'interruzione o della revoca della tassazione di gruppo;

2) tendenziale omogeneizzazione dei limiti e delle condizioni di compensazione delle perdite fiscali;

3) 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;

4) definizione delle perdite finali ai fini del loro riconoscimento secondo i principi espressi dalla giurisprudenza degli organi giurisdizionali dell'Unione europea”.

Con l'art. 15 del D.Lgs. 13 dicembre 2024, n. 192 (di seguito anche il “Decreto”), il legislatore delegato ha attuato i principi contenuti nei nn. 2) e 3) sopra riportati¹, introducendo rilevanti modifiche al regime di circolazione delle perdite fiscali a seguito di operazioni societarie straordinarie. Le nuove disposizioni sono state poi “integrate” con il D.L. 17 giugno 2025, n. 84 e con il D.M. 27 giugno 2025 attuativo della specifica disciplina del riporto delle perdite fiscali nell'ambito di un gruppo di imprese.

Nel presente capitolo procederemo, quindi, ad analizzare le nuove disposizioni, più in dettaglio:

- in via preliminare, ricorderemo quale sia la *ratio* sottesa alle norme del nostro ordinamento fiscale che limitano il diritto al riporto delle perdite al verificarsi di operazioni “aggregative” o acquisitive del controllo (cfr. par. 2);
- successivamente, illustreremo il regime previgente all'entrata in vigore del Decreto, con ampi riferimenti alla giurisprudenza e alla prassi dell'Agenzia delle Entrate formatesi al riguardo e tenendo distinte le operazioni di acquisto di una partecipazione di controllo (cfr. par. 3) dalle operazioni di fusione e scissione (cfr. par. 4);

¹ Quanto al n. 4) dell'elenco, ovvero la disciplina delle “perdite estere finali” (c.d. *final losses*, come definite dalla giurisprudenza comunitaria in molteplici occasioni a partire dalla sentenza *Marks & Spencer* del 13 dicembre 2005, causa C-446/03), va osservato che le relative disposizioni, dopo essere state inserite nell'ambito delle prime versioni del Decreto circolate in bozza nei mesi precedenti alla sua emanazione, sono state successivamente stralciate dal testo finale entrato in vigore. La relazione illustrativa offre una giustificazione non del tutto comprensibile, affermando che ciò sarebbe avvenuto in accoglimento delle osservazioni di cui alla lettera h), numero 4), del parere reso dalla VI Commissione (Finanze) della Camera dei deputati, “in quanto l'adeguamento alla giurisprudenza della Corte di Giustizia sarebbe stato circoscritto solo a ipotesi in cui le perdite definitive del soggetto estero fossero state computate in diminuzione del soggetto risultante dalla fusione o incorporante”. Più in generale, sulla mancata attuazione dei principi dettati ai nn. 1) e 4) dell'art. 6, lett. e) della Legge delega, cfr. S. Trettel, “Riporto delle perdite nel consolidato”, in *il fisco*, n. 6/2025, pagg. 491 ss.

3. Nuova disciplina del riporto delle perdite fiscali nelle operazioni straordinarie

3.2. La ratio delle disposizioni limitative del riporto delle perdite

- passeremo, infine, a esaminare la nuova disciplina del riporto delle perdite nelle operazioni acquisitive del controllo e in quelle più propriamente riorganizzative (*i.e.* operazioni di fusione e scissione), soffermandoci, in particolare, sul regime di circolazione delle perdite nell'ambito delle operazioni infragruppo (cfr. par. 5 e 6). Segnaliamo sin d'ora che il più rilevante aspetto di discontinuità rispetto alla disciplina previgente è proprio quest'ultimo: infatti, conformemente all'impostazione indicata dalla Legge delega, secondo cui non devono essere penalizzate le perdite *"conseguite a partire dall'ingresso dell'impresa nel gruppo societario"*, l'art. 15, comma 1, lett. d), del D.Lgs. n. 192/2024 ha inserito, nel corpo del TUIR, l'art. 177-ter; tale norma, al comma 1, statuisce che i limiti e le condizioni al riporto delle perdite fiscali di cui all'art. 84, comma 3, del TUIR (e, coerentemente, quelli di cui agli artt. 172, commi 7 e 7-bis e 173, comma 10, del TUIR) non si applicano qualora le operazioni indicate in tali disposizioni si verifichino *"all'interno dello stesso gruppo"*.

Si tratta di una modifica di estremo rilievo, la cui attuazione è stata demandata a uno specifico Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze che è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 12 luglio u.s. (D.M. 27 giugno 2025); essa attesta un radicale mutamento nella disciplina qui in commento: la circolazione delle perdite, e quindi i relativi limiti in ottica antielusiva, devono ora essere esaminati non tanto a livello di singola entità giuridica, quanto piuttosto in una prospettiva di gruppo, e, quindi, di "medesimo soggetto economico"².

3.2. LA RATIO DELLE DISPOSIZIONI LIMITATIVE DEL RIPORTO DELLE PERDITE IN CASO DI OPERAZIONI STRAORDINARIE

Prima di procedere con l'illustrazione delle tematiche oggetto del presente capitolo, occorre chiarire quali siano, in linea di principio, le ragioni sottostanti alle disposizioni del nostro ordinamento tributario che tendono a limitare il riporto delle perdite fiscali nell'ambito di operazioni societarie aventi natura straordinaria, di cui è parte od oggetto la società portatrice delle perdite.

La *ratio legis* di dette disposizioni può essere rinvenuta nel principio, che ha (quasi) storicamente caratterizzato il nostro sistema fiscale, secondo cui il diritto al riporto delle perdite (ossia, il loro utilizzo nei periodi d'imposta successivi in compensazione con i redditi imponibili) spetta al solo soggetto passivo che le ha generate, **non essendo permessa** la compensazione delle perdite con redditi prodotti da altri soggetti passivi (c.d. **"compensazione intersoggettiva"**).

Detto principio è corollario, a sua volta, di un altro assioma, secondo cui le perdite fiscali non possono essere trasferite a terzi dietro compenso (o anche gratuitamente), non possono cioè costituire oggetto di scambio tra contribuenti. Si tratta di un divieto am-

² Nella relazione illustrativa al D.Lgs. n. 192/2024 si legge, infatti, che *"L'intervento previsto (nuovo 177-ter, del TUIR), in linea con la Legge delega, attribuisce rilevanza al gruppo societario quale unico soggetto economico, all'interno del quale non devono trovare applicazione i limiti e le condizioni poste al riporto delle perdite fiscali dagli artt. 84, comma 3, 172, commi 7 e 7-bis, e 173, comma 10, del TUIR"*.

Nuova disciplina del riporto delle perdite fiscali nelle operazioni straordinarie 3.

La ratio delle disposizioni limitative del riporto delle perdite 3.2.

piamente diffuso in tutti gli ordinamenti fiscali evoluti, non essendo, evidentemente, “accettabile” che le imposte personali sul reddito possano essere determinate a piacimento, comprando, come una qualunque “merce di scambio”, le perdite prodotte da un altro contribuente³.

Tuttavia, la realizzazione delle operazioni straordinarie più sopra indicate implica, talvolta, che la compensazione delle perdite avvenga, nella sostanza, con redditi generati da complessi aziendali di cui erano titolari - *ante* operazione - altri soggetti passivi, cosicché il beneficio dell'utilizzo delle perdite viene ad essere fruito da un differente contribuente (o meglio, da un differente “soggetto economico”). Il divieto della compensazione intersoggettiva delle perdite non è, quindi, assoluto: in caso di **integrazioni e riorganizzazioni aziendali**, anche fra società o gruppi d'impresa non legati da vincoli partecipativi, il nostro ordinamento consente, a certe condizioni, che le perdite fiscali prodotte da un determinato soggetto passivo vengano di fatto utilizzate da altri soggetti passivi.

In pratica, le operazioni che il nostro sistema fiscale vuole contrastare sono solo quelle che coinvolgono società definibili “**bare fiscali**”, ossia società senza più una loro vitalità economica, il cui valore di mercato è costituito esclusivamente (o prevalentemente) dal potenziale risparmio d'imposta di cui sono portatrici⁴.

Come si ricorderà, il fenomeno del commercio delle bare fiscali si era ampiamente diffuso negli anni '90, sebbene già negli anni '80, a causa dell'inefficienza dell'assetto normativo dell'epoca, si erano considerevolmente diffusi “*fenomeni di rincorsa e quasi di incetta di società in perdita*”, con perdite a riporto ben superiori al loro patrimonio; proprio per far fronte a tali abusi, il legislatore tributario aveva reagito prevedendo **specifiche disposizioni antielusive**, introdotte nel Testo Unico tramite l'art. 8, comma 1, lett. b), del D.Lgs. 8 ottobre 1997, n. 358, e oggi contenute - dopo, ovviamente, diverse modifiche *medio tempore* occorse - nell'art. 84, comma 3, nonché negli artt. 172, comma 7 e 173, comma 10, del TUIR, riferiti, rispettivamente, all'ipotesi del trasferimento di partecipazioni di controllo e alle operazioni di fusione e scissione⁵.

Ciò premesso, vedremo ora quale fosse il contenuto delle disposizioni da ultimo richiamate, prima che esse venissero modificate dall'art. 15 del D.Lgs. n. 192/2024.

³ Costituiscono una sorta di “deroga”, nel nostro ordinamento, le seguenti fattispecie: (i) la circolazione delle perdite nell'ambito del consolidato fiscale: in realtà non si tratta di una vera e propria deroga, ma di una diversa prospettiva con riferimento al “soggetto titolare delle perdite” (soggetto economico vs. entità giuridica) (cfr. art. 117 ss. del TUIR) e (ii) la cessione a titolo oneroso delle perdite fiscali di imprese neocostituite a favore di società quotate in possesso di una partecipazione qualificata (non inferiore al 20%) in dette imprese (cfr. art. 1, commi 76-80, Legge 11 dicembre 2016, n. 232).

⁴ Nella prassi, con l'espressione “commercio di bare fiscali” si è soliti intendere l'acquisizione, in qualunque forma, di società decotte, prive di vitalità e consistenza economica e titolari unicamente di ingenti perdite fiscali riportabili negli esercizi futuri, motivata perciò solo dalla volontà di subentrare nel diritto di utilizzarle: cfr. G. Andreani - A. Dodero - G. Ferranti, in *Commentario IPSOA al Testo Unico Imposte sui redditi*, III Edizione, 2022, pag. 1599.

⁵ Si anticipa già adesso che il catalogo delle operazioni straordinarie contempla, con l'entrata in vigore del D.L. n. 84/2025, anche il “*conferimento d'azienda*”.

3. Nuova disciplina del riporto delle perdite fiscali nelle operazioni straordinarie

3.3. Regime del riporto delle perdite in caso di trasferimento del controllo

3.3. REGIME DEL RIPORTO DELLE PERDITE IN CASO DI TRASFERIMENTO DEL CONTROLLO NELLA DISCIPLINA PREVIGENTE

3.3.1. Disposizioni antielusive del comma 3 dell'art. 84 del TUIR

Il comma 3 dell'art. 84 del TUIR, nella sua formulazione antecedente all'entrata in vigore del Decreto, stabiliva che:

“Le disposizioni del comma 1⁶ non si applicano nel caso in cui la maggioranza delle partecipazioni aventi diritto al voto nelle assemblee ordinarie del soggetto che riporta le perdite venga trasferita o comunque acquisita da terzi, anche a titolo temporaneo e, inoltre, venga modificata l'attività principale in fatto esercitata nei periodi d'imposta in cui le perdite sono state realizzate. La modifica dell'attività assume rilevanza se interviene nel periodo d'imposta in corso al momento del trasferimento od acquisizione ovvero nei due successivi od anteriori. La limitazione si applica anche alle eccedenze oggetto di riporto in avanti di cui al comma 5 dell'art. 96, relativamente agli interessi indeducibili, nonché a quelle di cui all'art. 1, comma 4, del D.L. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla Legge 22 dicembre 2011, n. 214, relativamente all'aiuto alla crescita economica. La limitazione non si applica qualora:

[a)...] (Abrogata)

b) le partecipazioni siano relative a società che nel biennio precedente a quello di trasferimento hanno avuto un numero di dipendenti mai inferiore alle dieci unità e per le quali dal conto economico relativo all'esercizio precedente a quello di trasferimento risultino un ammontare di ricavi e proventi dell'attività caratteristica, e un ammontare delle spese per prestazioni di lavoro subordinato e relativi contributi, di cui all'art. 2425 del codice civile, superiore al 40 per cento di quello risultante dalla media degli ultimi due esercizi anteriori. Al fine di disapplicare le disposizioni del presente comma il contribuente interpella l'amministrazione ai sensi dell'art. 11, comma 2, della Legge 27 luglio 2000, n. 212, recante lo Statuto dei diritti del contribuente.”.

Dal testo della norma si evinceva, dunque, in prima istanza, che il riporto in avanti delle perdite fiscali (da parte della stessa società, oggetto di cessione, che le aveva prodotte) era precluso qualora si fossero verificate **entrambe le seguenti condizioni**:

- i) la maggioranza delle partecipazioni aventi diritto di voto nell'assemblea ordinaria della società che riportava le perdite fosse stata trasferita o comunque acquisita da terzi (anche a titolo temporaneo), e
- ii) fosse stata altresì modificata, in un dato intervallo temporale prossimo al trasferimento del controllo, l'attività principale in fatto esercitata dalla società stessa nei periodi d'imposta in cui le perdite erano state realizzate.

⁶ Il comma 1 dell'art. 84 prevede che le perdite generate in un periodo d'imposta sono riportabili, senza limiti di tempo, a compensazione dei redditi dei periodi di imposta successivi, nei limiti dell'80% del reddito imponibile di ciascuno di essi, mentre il comma 2 dello stesso art. 84 dispone che tale limite non si applica alle perdite realizzate nei primi tre periodi d'imposta da imprese neocostituite, purché si riferiscano ad una nuova attività produttiva (circa le ragioni che giustificano tale assetto normativo, si rinvia alla circolare n. 2 del 14 maggio 2025 del Consorzio Studi e Ricerche Fiscali del Gruppo Intesa Sanpaolo, pagg. 7 e 8).

Nuova disciplina del riporto delle perdite fiscali nelle operazioni straordinarie 3.

Regime del riporto delle perdite in caso di trasferimento del controllo 3.3.

Tale preclusione non operava, tuttavia, qualora la società, il cui controllo era stato trasferito, avesse impiegato un numero minimo di dipendenti e soddisfatto prestabiliti parametri di vitalità economica.

La norma, come si è già fatto cenno nel precedente paragrafo, mirava a contrastare la compensazione intersoggettiva delle perdite, realizzata, nella specie, attraverso l'acquisizione del controllo di una società con in grembo (di fatto) solo perdite fiscali, allo scopo di trasferirvi attività redditizie così da poter quindi compensare le perdite con gli utili realizzati dalle predette attività.

La Relazione illustrativa al D.Lgs. 8 ottobre 1997, n. 358, che aveva inserito nel TUIR le prime restrizioni alla riportabilità delle perdite in caso di passaggio del controllo, motivava la novella normativa come segue: "Il proposto nuovo comma 1-ter del citato art. 102 del Testo Unico (*quello che poi diverrà l'art. 83, comma 3, nel Testo Unico a seguito della riforma del 2004, n.d.r.*) parte anch'esso da una constatazione. È noto, infatti, che il c.d. "commercio di bare fiscali", pur frenato dalle restrizioni imposte nell'ambito delle fusioni di società a partire dal Decreto n. 227/1986 e culminate nell'attuale formulazione dell'art. 123 del testo unico delle imposte sui redditi, non si è mai interrotto. Esso si è, invece, affinato ricorrendo a tecniche le più varie incentrate sul meccanismo di acquisizione del controllo di una società carica solo di perdite fiscali; in tal caso si spostano sulla società in perdita attività redditizie (**conferendovi un profittevole ramo d'azienda, una sofisticata tecnologia o più semplicemente facendo ad essa acquisire vantaggiosi contratti**) e si utilizzano le perdite fiscali della ex "bara" per compensare gli utili realizzati dalla società con profitti. La norma proposta ha lo scopo di arginare questo fenomeno e ricondurre l'istituto del riporto delle perdite alla sua naturale funzione evitandone il patologico uso come strumento di elusione fiscale. A tal fine viene prevista, in via generale, la non computabilità del riporto a nuovo ove passi di mano la maggioranza della società in perdita e ne venga comunque modificata l'attività da cui sono derivate le perdite in questione (...). Né vale la pena di penalizzare il trasferimento di partecipazioni ove il contenuto della società ceduta testimoni la sua persistente vivacità e che, quindi, in definitiva, non di "bara" si tratta bensì di attività economica momentaneamente operante in ciclo negativo. A tal fine vengono utilizzati gli stessi parametri già utilizzati, in modo soddisfacente, per le operazioni di fusione.

In linea generale, si deve ancora ricordare che la preclusione del riporto a nuovo delle perdite fiscali riguardava indistintamente **tutte le perdite** di cui la società era portatrice, a prescindere da quale fosse la loro storicità: infatti, sebbene il comma 3 dell'art. 84 si riferisse letteralmente alle sole perdite disciplinate dal comma 1 del medesimo articolo ("*Le disposizioni del comma 1 non si applicano...*") - ossia quelle utilizzabili in misura non superiore all'80% del reddito di ciascun periodo d'imposta successivo in quanto prodotte dopo i primi 3 anni di vita della società - ragioni di ordine logico e sistematico conducevano, senza troppi indugi, a ritenere che la previsione normativa si dovesse applicare anche alle perdite disciplinate dal comma 2 dello stesso art. 84, ossia quelle utilizzabili in misura piena in quanto realizzate nei primi 3 anni di vita della società⁷.

⁷ Cfr. in questo senso anche G. Andreani - A. Dodero - G. Ferranti, *op. cit.*, pag. 1612.

3. Nuova disciplina del riporto delle perdite fiscali nelle operazioni straordinarie

3.3. Regime del riporto delle perdite in caso di trasferimento del controllo

3.3.2. La (prima) condizione del trasferimento del controllo della società in perdita

Dalla formulazione del primo periodo del comma 3 dell'art. 84, come era stato anche precisato dal Ministero delle Finanze con la circolare n. 320/E del 19 dicembre 1997, si intuiva chiaramente che il requisito del cambio del controllo poteva realizzarsi *“sia nel caso di trasferimento di un pacchetto di per sé di controllo”*, sia nel caso in cui l'acquisizione del controllo fosse avvenuta *“a seguito di integrazione della partecipazione già posseduta”* (nel qual caso il controllo veniva acquisito in virtù dell'ultimo acquisto, ancorché lo stesso potesse avere ad oggetto una percentuale partecipativa di per sé non significativa). Nella medesima circolare, il Ministero osservava, inoltre, che, tenuto conto del dato testuale della norma, la quale utilizzava l'espressione *“comunque acquisita”* con riferimento alla *“maggioranza delle partecipazioni aventi diritto di voto nelle assemblee ordinarie”*, il trasferimento del controllo poteva avvenire sia mediante la cessione della piena proprietà della partecipazione, sia mediante la cessione del solo diritto di usufrutto (che poteva anche avvenire per un periodo di tempo limitato, atteso che integrava il presupposto in esame anche l'acquisizione del controllo *“a titolo temporaneo”*)⁸.

In merito al requisito del passaggio del controllo, l'Agenzia delle Entrate, con la risposta a interpello n. 39 del 20 gennaio 2022, si era espressa relativamente ad un caso in cui il cambio di controllo nella società portatrice delle perdite fiscali (*i.e.* la società Alfa) - che operava nel settore della gestione immobiliare attraverso diversi immobili localizzati in Italia e all'estero, posseduti anche per il tramite di società controllate - era avvenuto non mediante il trasferimento diretto delle relative partecipazioni, bensì attraverso il **trasferimento del controllo della società posta al vertice della catena partecipativa** (la quale, dunque, controllava indirettamente Alfa).

In quell'occasione l'Agenzia aveva avuto modo di chiarire che *“Ancorché la lettera della norma non sembri attribuire rilievo al trasferimento di una partecipazione di maggioranza nel soggetto che controlla indirettamente la società che riporta le perdite, una siffatta interpretazione sarebbe contraria alla ratio ispiratrice della norma, che come emerge dalla relazione governativa al D.Lgs. n. 358/1997, è quella di contrastare il fenomeno del ‘commercio di bare fiscali’, in quanto la circolazione disapprovata dal sistema potrebbe avvenire anche indirettamente attraverso la cessione della società che controlla la ‘bara’*. E ciò sarebbe maggiormente evidente qualora vi fosse **“sostanziale identità tra controllante e controllata** ossia quando la controllata portatrice di posizioni fiscali sia l'unico asset (o il più

⁸ Circa l'acquisizione della maggioranza delle partecipazioni con diritto di voto nell'assemblea ordinaria, si ricorda che essa può attuarsi anche tramite la sottoscrizione di un aumento di capitale della società che riporta le perdite; per contro, l'acquisto o la sottoscrizione di obbligazioni convertibili, come anche l'acquisto di diritti di opzione, non possono integrare la condizione dell'acquisizione del controllo (non attribuendo nell'immediato alcun diritto di voto all'obbligazionista convertibile o al portatore dei diritti di opzione), la quale si potrà considerare soddisfatta soltanto quando i predetti titoli e diritti saranno, rispettivamente, “convertiti” ed “esercitati”, con conseguente acquisizione (o integrazione) di una partecipazione di controllo.

Nuova disciplina del riporto delle perdite fiscali nelle operazioni straordinarie 3.

Regime del riporto delle perdite in caso di trasferimento del controllo 3.3.

significativo) che componga il patrimonio della propria controllante (anche indiretta) oggetto di trasferimento”⁹.

Nella medesima risposta l’Agenzia osservava, inoltre, che nella vicenda oggetto dell’istanza poteva ritenersi astrattamente integrata anche la seconda condizione prevista dal comma 3 dell’art. 84 (*i.e.* il mutamento dell’attività principale in fatto esercitata, di cui si dirà a breve), posto che Alfa era stata interessata da un’articolata riorganizzazione societaria che aveva avuto come esito finale la scissione dell’attività gestoria, trasferita a terzi, dalla proprietà degli immobili, i quali erano stati poi impiegati mediante appositi contratti di locazione.

Tuttavia - precisava l’Agenzia -, sebbene l’attività principale della società fosse cambiata, essa faceva ancora riferimento agli **stessi beni dalla cui gestione diretta erano state generate le perdite**, cosicché poteva essere accolta la richiesta formulata da Alfa di disapplicazione delle disposizioni antielusive di cui all’art. 84, comma 3, del TUIR. L’Agenzia delle Entrate terminava, quindi, il proprio parere affermando che *“in assenza di immissione di nuove attività redditizie e/o di nuovi asset produttivi di reddito, nell’ottica antielusiva propria della norma in esame (...) non può essersi verificata quella ‘compensazione intersoggettiva’ delle perdite (e delle altre posizioni fiscali) che è contrastata dalla norma”*.

3.3.3. La (seconda) condizione della modifica dell’attività principale in fatto esercitata nei periodi d’imposta di realizzo delle perdite

Il secondo presupposto che - ove sussistente unitamente al primo - rendeva operante la disposizione antielusiva, era statuito sempre dal primo periodo del comma 3 dell’art. 84 del TUIR, e consisteva nel mutamento dell’attività principale svolta dalla società di cui era stato acquisito il controllo (e che aveva dato origine al realizzo delle perdite fiscali); occorre, altresì, che tale mutamento fosse intervenuto nel periodo temporale definito dalla norma, ossia nel **quinquennio** compreso tra il secondo esercizio precedente quello del trasferimento e il secondo esercizio successivo.

Nella citata C.M. n. 320/E/1997 era stato precisato che *“per attività principale deve intendersi l’attività che sulla base di riscontri fattuali risulti quantitativamente superiore, con riferimento ai ricavi, ad altre comunque svolte dalla società ceduta o trasferita”*. A fronte di questo passaggio della circolare, la dottrina aveva evidenziato l’irrelevanza della circostanza che lo statuto della società trasferita fosse rimasto invariato nel quinquennio stabilito dalla norma; l’unico parametro rilevante veniva individuato nel cambiamento dell’attività effettivamente (*“in fatto”*) esercitata dalla società, da valutare sulla base della composizione dei ricavi, essendo questa una “variabile di immediata evidenza e sufficientemente significativa”¹⁰.

⁹ Più precisamente, nella citata risposta si legge che *“ragioni di ordine sistematico inducono a ritenere che le limitazioni di cui all’art. 84, comma 3, del TUIR, siano applicabili anche nel caso di specie dal momento che il cambio di controllo della maggioranza delle partecipazioni aventi diritto di voto nelle assemblee ordinarie di Alfa è stato realizzato indirettamente attraverso la cessione della sua controllante indiretta (di cui Alfa rappresenta, indirettamente, l’asset più rilevante)”*.

¹⁰ Così G. Andreani - A. Dodero - G. Ferranti, *op. cit.*, pag. 1614.

3. Nuova disciplina del riporto delle perdite fiscali nelle operazioni straordinarie

3.3. Regime del riporto delle perdite in caso di trasferimento del controllo

In tempi più recenti, l'Amministrazione finanziaria è nuovamente tornata sulla condizione della modifica dell'attività principale, con la risposta a interpello n. 367 del 6 settembre 2019.

Nella fattispecie ivi esaminata la società con perdite a riporto svolgeva un'attività di locazione immobiliare, che si era peraltro "esaurita" nel tempo a seguito della cessione, avvenuta nel 2016, del complesso immobiliare di cui la società era proprietaria. Il soggetto interessato ad acquisire detta società intendeva riavviarne l'originaria attività d'impresa, acquistando a tal fine un'area edificabile per poi costruirvi dei fabbricati ad uso commerciale destinati alla locazione; tale attività sarebbe stata finanziata sia tramite l'apporto di risorse proprie, sia tramite mezzi di terzi.

L'Agenzia delle Entrate ha osservato, in proposito, che nel caso in esame si doveva ritenere integrato il presupposto della modifica dell'attività principale, poiché *"dall'esame dei relativi bilanci risulta evidente come la composizione qualitativa e quantitativa degli elementi patrimoniali e di quelli reddituali sia notevolmente mutata rispetto a quella degli esercizi precedenti, tendendo a un sostanziale azzeramento dell'attività d'impresa svolta oltreché dei relativi asset produttivi"*; infatti, come detto, nel 2016 la società aveva ceduto l'intero compendio immobiliare, per cui nei bilanci 2016, 2017 e 2018 non erano più presenti *asset* di tale natura. Anche sul piano reddituale, nei medesimi esercizi si era ovviamente registrato un sostanziale azzeramento dei ricavi della produzione e una simmetrica contrazione dei costi di produzione.

Quindi, poiché la società si era completamente **"disimpegnata"** dal settore in cui operava (i.e. settore immobiliare) sin dal 2016, ossia dall'anno della cessione dell'immobile, essa si era trasformata in una **"scatola vuota"** il cui unico *asset* giuridico era rappresentato dal diritto al riporto delle perdite, cosicché, con il trasferimento delle sue quote e l'avvio della "nuova" attività (ancorché riconducibile al medesimo settore economico di quella originaria dalla quale erano scaturite le perdite) non si poteva sostenere che il nuovo socio avesse proseguito la pregressa attività immobiliare, e si rendeva perciò applicabile il comma 3 dell'art. 84 del TUIR.

Occorre notare, al riguardo, che correttamente l'Agenzia delle Entrate non ha dato peso all'inciso (contenuto nel comma 3 dell'art. 84) secondo cui l'attività sociale oggetto di modifica doveva essere quella *"in fatto esercitata nei periodi d'imposta in cui le perdite sono state realizzate"*; il dato letterale poteva, in effetti, indurre in equivoco, visto che le perdite a riporto erano apparentemente sorte nel contesto di un'attività di gestione immobiliare (i.e. la medesima tipologia di attività che il nuovo socio intendeva "riavviare")¹¹; la risposta ha dunque valorizzato i profili sostanziali della vicenda, ossia il fatto che la società aveva da tempo cessato la propria attività immobiliare con la vendita del suo unico immobile, e che dunque **il nuovo socio era di fatto subentrato in un veicolo**

¹¹ Anche l'istante, nel prospettare la propria soluzione interpretativa, osservava che la nozione di modifica dell'attività principale non sembrava ricomprendere la fattispecie in oggetto, *"costituita dall'ingresso di un nuovo socio unico nella compagine sociale, il quale apporti nuova finanza per il rilancio dell'operatività aziendale in fase di rallentamento, proseguendo nella medesima attività e nel medesimo settore merceologico"*.

Nuova disciplina del riporto delle perdite fiscali nelle operazioni straordinarie 3.

Regime del riporto delle perdite in caso di trasferimento del controllo 3.3.

societario ormai privo di asset aziendali, il cui valore economico era da ricondurre unicamente alla sua dote di perdite fiscali¹².

Sempre in relazione alla condizione del cambiamento dell'attività principale, in un'altra vicenda sottoposta al parere dell'Amministrazione finanziaria - che ha dato origine alla risposta a interpello n. 214 del 22 aprile 2022 - è stato esaminato il caso di una società di progetto (Alfa) che era stata costituita per la costruzione e gestione di un parcheggio sito nel centro di Milano (la gestione del parcheggio era iniziata nel 2012). Alcuni anni dopo, ossia nel corso del 2019, l'intera partecipazione in Alfa veniva trasferita ad un nuovo socio e, contestualmente, la gestione del parcheggio veniva affidata ad una società specializzata tramite un contratto di affitto d'azienda.

La società istante Alfa domandava, quindi, se la concessione a terzi della gestione del parcheggio, in luogo dell'esercizio diretto della stessa, potesse essere intesa come "modifica dell'attività principale esercitata" ai sensi dell'art. 84, comma 3, del T.U.I.R.¹³.

L'Agenzia delle Entrate ha ritenuto, a nostro avviso condivisibilmente, che, malgrado l'affitto d'azienda, *"In questa ipotesi l'attività posta in essere resta circoscritta a quella da sempre costituente l'oggetto sociale previsto nell'atto costitutivo ed è svolta nello stesso comparto merceologico"*, oltre al fatto che essa *"continuerà ad essere esercitata con la medesima struttura (i.e. il medesimo parcheggio, n.d.r.) sia per il concedente (seppur indirettamente), sia per l'affittuario"*. In conclusione, non configurandosi alcun cambio di attività, veniva ammesso il riporto delle perdite.

È importante segnalare che, nel contesto della risposta, l'Agenzia aveva colto l'occasione per rimarcare un principio già ricavabile dalla precedente risposta a interpello n. 39/2022 (esaminata nel precedente par. 3.2), ossia che la preclusione antielusiva al riporto delle perdite, sancita dal comma 3 dell'art. 84, poteva operare - a certe condizioni - anche quando il mutamento dell'attività principale fosse avvenuto **"nell'ambito dello stesso comparto merceologico"**.

Più precisamente, l'Agenzia delle Entrate nella risposta da ultimo commentata (n. 214/2022), ha chiarito che il divieto al riporto a nuovo delle perdite poteva innescarsi *"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). Ciò deve essere associato, però, alla circostanza che siano apportate risorse aggiuntive rispetto a quelle fisiologicamente a disposizione della società"*

¹² Nella risposta dell'Agenzia delle Entrate si legge, più precisamente, che: *"Le dinamiche sopra riportate danno evidenza di un disimpegno nel settore immobiliare da parte della società istante, avvenuto nell'esercizio sociale 2016 col trasferimento dell'immobile summenzionato al Fondo... Il predetto disimpegno dal settore immobiliare ha comportato la perdita di ogni asset produttivo di reddito d'impresa, facendo assurgere la società istante a una 'scatola vuota' contenente quasi esclusivamente asset fiscali"*.

¹³ Si precisa che Alfa, sebbene superasse i coefficienti di vitalità economica dei ricavi e proventi dell'attività caratteristica e delle spese del personale dipendente, non poteva beneficiare della causa di esclusione prevista dalla lett. b) del comma 3 dell'art. 84, posto che non soddisfaceva la condizione del numero minimo di dipendenti.

3. Nuova disciplina del riporto delle perdite fiscali nelle operazioni straordinarie

3.3. Regime del riporto delle perdite in caso di trasferimento del controllo

che riporta le perdite, e che tali risorse siano riconducibili, direttamente o indirettamente, al soggetto che acquisisce (o acquisirà) il controllo della società che riporta le perdite”.

Pertanto, l'impostazione dell'Amministrazione finanziaria sottintendeva il principio secondo cui il nuovo socio non poteva, pena la non computabilità delle perdite a nuovo, espandere o riattivare l'attività principale esercitata dalla società (in perdita) acquistata, se tale espansione (o tale riavvio) era resa possibile da un suo apporto di nuove risorse, aggiuntive rispetto a quelle di cui poteva disporre “fisiologicamente” la società stessa.

3.3.4. I parametri di “vitalità” che escludevano la qualifica di “bara fiscale”

Il divieto al riporto in avanti delle perdite fiscali non si applicava qualora la società con in seno le perdite soddisfaceva **congiuntamente** due specifiche condizioni, rappresentate (i) da un **indicatore occupazionale**, ossia dal numero dei dipendenti impiegati nel biennio precedente a quello di trasferimento delle partecipazioni, il quale non doveva essere stato “*mai inferiore alle dieci unità*”¹⁴, e (ii) da due **indicatori economici** costituiti, rispettivamente, dall'ammontare dei ricavi e proventi dell'attività caratteristica e dall'ammontare delle spese per prestazioni di lavoro subordinato (e relativi contributi), entrambi rilevabili dal Conto economico dell'esercizio precedente a quello di trasferimento, che dovevano risultare superiori al “*40 per cento*” dei rispettivi ammontari risultanti dalla “*media degli ultimi due esercizi anteriori*”¹⁵.

Pertanto, al verificarsi di ambedue le suddette condizioni, la società di cui era stato acquisito il controllo, ancorché avesse mutato la propria attività principale, manteneva ugualmente il diritto all'utilizzo delle perdite pregresse, non rappresentando una mera “scatola vuota”, ma un'entità imprenditoriale ancora dotata di vitalità economica.

Qualora il predetto *test* di vitalità non fosse stato invece superato, tenuto conto della natura antielusiva del comma 3 dell'art. 84 era comunque offerta alla società portatrice delle perdite la possibilità di dimostrare, mediante la presentazione di un'apposita istanza di interpello ai sensi dell'art. 11 della Legge 27 luglio 2000, n. 212 (*i.e.* Statuto del contribuente), che il suo trasferimento era mosso da ragioni economiche (diverse da quelle fiscali).

¹⁴ Il Ministero delle Finanze, con la più volte citata circolare n. 320/E/1997, aveva rimarcato che tale circostanza si considerava verificata solo se, per tutti i giorni compresi nell'arco temporale considerato dalla lett. b), il numero dei dipendenti non era risultato mai inferiore alle dieci unità (sembrerebbe, peraltro, che non fosse richiesta l'assunzione dei dipendenti a tempo pieno, sicché anche i dipendenti a tempo parziale contavano per una unità, sebbene il loro impiego non occupasse l'intera durata dell'orario di lavoro, così G. Andreani - A. Dodero - G. Ferranti, *op. cit.*, pag. 1616).

¹⁵ Per quanto riguarda l'individuazione “*degli ultimi due esercizi anteriori*”, in relazione ai quali occorreva calcolare la media dei ricavi caratteristici e delle spese per prestazioni di lavoro dipendente, in dottrina è stato segnalato che “*si tratta evidentemente dei due esercizi anteriori all'esercizio precedente a quello di trasferimento o di acquisizione (e non, quindi, dei due esercizi anteriori all'esercizio del trasferimento)*”; pertanto, se il trasferimento del controllo fosse avvenuto nel 2017, occorreva confrontare i ricavi caratteristici e i costi per il personale dell'anno 2016 con la media degli stessi rilevata negli esercizi 2015 e 2014 (in tal senso, G. Andreani - A. Dodero - G. Ferranti, *op. cit.*, pag. 1617). Per maggiori dettagli circa le voci contabili rilevanti ai fini della verifica degli indicatori economici, si rinvia alla circolare citata del Consorzio SRF del Gruppo Intesa Sanpaolo, pag. 13 e pagg. 47-50.

Nuova disciplina del riporto delle perdite fiscali nelle operazioni straordinarie 3.

Regime del riporto delle perdite nelle operazioni di fusione e scissione 3.4.

Occorre ancora ricordare che prima delle modifiche apportate dal comma 12 dell'art. 36 del D.L. n. 223/2006, la lett. a) del comma 3 dell'art. 84 del TUIR prevedeva un'ulteriore circostanza che sterilizzava i blocchi antielusivi: il diritto di riportare le perdite, infatti, veniva comunque mantenuto ove le partecipazioni fossero state acquisite all'interno del gruppo, ossia da società controllate dallo stesso soggetto che controllava quello che riportava le perdite ovvero dal soggetto che controllava il controllante di questi; nella Relazione governativa al suddetto Decreto, l'abrogazione di questa ulteriore condizione venne motivata osservando che *"l'esimente in questione non appare pienamente giustificabile e, soprattutto, non appare coordinata con il divieto posto nel consolidato di sfruttare le perdite pregresse: divieto che, in tal modo, può essere facilmente superato"*.

In altri termini, l'abrogazione della lett. a) del comma 3 dell'art. 84 fu dovuta alla convinzione che nell'ambito di un gruppo economico la **compensazione intersoggettiva delle perdite** e il **riporto in avanti delle stesse** potevano ammettersi solo in caso di opzione per il regime del consolidato fiscale, sicché non v'era ragione perché l'appartenenza al medesimo gruppo economico costituisse una circostanza per non effettuare il *test* di vitalità e assicurare così automaticamente il riporto delle perdite¹⁶.

Si rammenta, da ultimo, che le disposizioni antielusive contenute nel comma 3 dell'art. 84 erano state estese anche al riporto in avanti delle eccedenze di interessi passivi di cui all'art. 96, comma 5, del TUIR e al riporto in avanti delle eccedenze ACE ("Aiuto alla Crescita Economica") maturate ai sensi dell'art. 1, comma 4, del D.L. 6 dicembre 2011, n. 201¹⁷.

3.4. REGIME DEL RIPORTO DELLE PERDITE NELLE OPERAZIONI DI FUSIONE E SCISSIONE SECONDO LA DISCIPLINA PREVIGENTE

3.4.1. Disposizioni antielusive del previgente comma 7 dell'art. 172 del TUIR

Il comma 7 dell'art. 172 del TUIR antecedentemente all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 192/2024 statuiva che:

"Le perdite delle società che partecipano alla fusione, compresa la società incorporante, possono essere portate in diminuzione del reddito della società risultante dalla fusione o incorporante per la parte del loro ammontare che non eccede l'ammontare del rispettivo patrimonio netto quale risulta dall'ultimo bilancio o, se inferiore, dalla situazione patrimoniale di cui all'art. 2501-quater del codice civile, senza tener conto dei versamenti fatti negli ultimi ventiquattro mesi anteriori alla data cui si riferisce la situazione stessa, e sempre che dal conto economico della società le cui perdite sono riportabili, relativo all'esercizio precedente a quello in cui la fusione è stata deliberata, risulti un ammontare di ricavi e proventi dell'attività

¹⁶ Cfr. sul punto anche la circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 28/E del 4 agosto 2006, par. 28.2. Come vedremo nella parte finale del presente capitolo, la libera circolazione delle perdite nelle operazioni infragruppo rappresenta invece la corretta impostazione ed è stata la più rilevante novità apportata alla disciplina dall'art. 15 del Decreto.

¹⁷ Cfr. art. 1, comma 549, della Legge 11 dicembre 2016, n. 232 (c.d. Legge di bilancio 2017).

3. Nuova disciplina del riporto delle perdite fiscali nelle operazioni straordinarie

3.4. Regime del riporto delle perdite nelle operazioni di fusione e scissione

caratteristica, e un ammontare delle spese per prestazioni di lavoro subordinato e relativi contributi, di cui all'art. 2425 del codice civile, superiore al 40 per cento di quello risultante dalla media degli ultimi due esercizi anteriori. Tra i predetti versamenti non si comprendono i contributi erogati a norma di legge dallo Stato o da altri enti pubblici. Se le azioni o quote della società la cui perdita è riportabile erano possedute dalla società incorporante o da altra società partecipante alla fusione, la perdita non è comunque ammessa in diminuzione fino a concorrenza dell'ammontare complessivo della svalutazione di tali azioni o quote effettuata ai fini della determinazione del reddito dalla società partecipante o dall'impresa che le ha ad essa cedute dopo l'esercizio al quale si riferisce la perdita e prima dell'atto di fusione. In caso di retrodatazione degli effetti fiscali della fusione ai sensi del comma 9, le limitazioni del presente comma si applicano anche al risultato negativo, determinabile applicando le regole ordinarie, che si sarebbe generato in modo autonomo in capo ai soggetti che partecipano alla fusione in relazione al periodo che intercorre tra l'inizio del periodo d'imposta e la data antecedente a quella di efficacia giuridica della fusione. Le disposizioni del presente comma si applicano anche agli interessi indeducibili oggetto di riporto in avanti di cui al comma 5 dell'art. 96 del presente testo unico, nonché all'eccedenza relativa all'aiuto della crescita economica di cui all'art. 1, comma 4, del D.L. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla Legge 22 dicembre 2011, n. 214. Al fine di disapplicare le disposizioni del presente comma il contribuente interpella l'amministrazione ai sensi dell'art. 11, comma 2, della Legge 27 luglio 2000, n. 212, recante lo Statuto dei diritti del contribuente”.

3.4.2. Patrimonio netto contabile quale limite massimo al riporto delle perdite

In primo luogo, ai sensi del comma 7 sopra riportato, le perdite fiscali delle società che partecipavano alla fusione, incluse quelle della società incorporante, potevano essere portate in diminuzione del reddito imponibile della società risultante dalla fusione o incorporante in misura non superiore all'ammontare del rispettivo patrimonio netto, quale risultava dall'ultimo bilancio o, se inferiore, dalla situazione patrimoniale di cui all'art. 2501-*quater* c.c., dopo aver sottratto i conferimenti (in denaro o in natura) e i versamenti in conto capitale o a fondo perduto “fatti negli ultimi ventiquattro mesi anteriori alla data cui si riferisce la situazione stessa”.

Pertanto, le perdite riportabili, una volta verificato, per ciascuna società partecipante alla fusione, il superamento delle percentuali di vitalità economica (vedi *infra*), non potevano comunque eccedere il minore tra:

- i) il patrimonio netto contabile risultante dall'**ultimo bilancio** (prima della fusione) della società che disponeva delle perdite; e
- ii) il patrimonio netto contabile risultante dalla **situazione patrimoniale** infrannuale redatta ai sensi dell'art. 2501-*quater* c.c., entrambi calcolati senza tener conto degli apporti dei soci effettuati negli ultimi 24 mesi.

Ai fini del computo del patrimonio netto contabile, da porre a confronto con l'ammontare delle perdite fiscali della società partecipante alla fusione (ammontare nel quale

Nuova disciplina del riporto delle perdite fiscali nelle operazioni straordinarie 3.

Regime del riporto delle perdite nelle operazioni di fusione e scissione 3.4.

dovevano essere incluse anche le perdite della frazione di periodo *ante fusione*)¹⁸, la Corte di Cassazione aveva fornito i seguenti importanti chiarimenti:

- nella sentenza 22 dicembre 2016, n. 26697 era stato precisato che non potevano non considerarsi i versamenti effettuati dai soci a titolo di ricostituzione del capitale sociale *ex art. 2447 c.c.* (nel senso che andavano anch'essi sottratti), in quanto la norma fiscale non poneva alcuna distinzione tra versamenti obbligatori e versamenti volontari. Più precisamente, secondo i giudici di legittimità, "il contenuto assolutamente chiaro" del comma 5 dell'art. 123 (*alias* comma 7 dell'art. 172) "*non consente di ravvisare deroghe o condizioni di operatività diverse da quelle in essa previste, cosicché deve ritenersi contraria a diritto la disapplicazione fattane dalla Commissione di appello sul presupposto, peraltro anch'esso erroneo, che 'la ricostituzione del capitale sociale, a seguito di perdite, è un atto dovuto ai sensi dell'art. 2447 c.c.'*"¹⁹;
- i giudici di legittimità erano intervenuti anche per chiarire come andasse effettuato il confronto tra i due patrimoni netti contabili indicati dalla norma, al fine di individuare quello inferiore; a tal proposito, nella sentenza del 16 gennaio 2023, n. 1035, la Corte aveva avuto modo di affermare il seguente principio di diritto: "*In tema di reddito imponibile di società partecipanti ad una operazione di fusione, al fine della deducibilità delle perdite, ai sensi dell'art. 172, comma 7, del D.P.R. 22 dicembre 1986, il c.d. patrimonio netto inferiore va individuato tra quello dell'ultimo bilancio di esercizio e quello risultante dalla situazione patrimoniale aggiornata, previa rettifica in diminuzione dei conferimenti e versamenti eventualmente eseguiti nel biennio precedente alla data cui detto patrimonio si riferisce*".

Il suddetto principio di diritto può essere meglio compreso con una esemplificazione numerica.

Esempio n. 1

La norma statuisce che per determinare l'ammontare delle perdite fiscali pregresse utilizzabili a riporto occorre assumere il minore tra:

- i. l'ammontare del PN risultante dall'ultimo bilancio;
 - ii. l'ammontare del PN risultante dalla situazione patrimoniale *ex art. 2501-quater* del Codice civile²⁰.
- A tal fine, occorre dunque stabilire se il confronto tra i patrimoni netti debba avvenire:
- a) dopo aver sottratto i conferimenti e i versamenti effettuati nei 24 mesi anteriori; ovvero
 - b) prima di tale rettifica.

¹⁸ Si ricorda, infatti, che l'art. 35, comma 17, del D.L. 4 luglio 2006, n. 223, convertito con modificazioni dalla Legge n. 248/2006, aveva inserito nell'art. 172, comma 7, una specifica disposizione applicabile in caso di **retrodatazione** degli effetti fiscali della fusione, secondo la quale le limitazioni al riporto delle perdite fiscali previste dal comma 7 in commento erano applicabili anche al risultato negativo di periodo conseguito tra l'inizio del periodo d'imposta e la data di efficacia giuridica della fusione. In altri termini, le perdite "*in fieri*" (*i.e.*, il risultato negativo di periodo) conseguite tra l'inizio del periodo d'imposta e la data di efficacia giuridica dell'operazione venivano così a ricevere lo stesso trattamento di quello che avrebbero avuto in caso di assenza di retrodatazione.

¹⁹ Sul medesimo tema è giunta a opposte conclusioni la risposta a interpello n. 109 del 17 dicembre 2018, che verrà illustrata più oltre.

²⁰ È opportuno ricordare che la redazione della situazione patrimoniale non è sempre necessaria, poiché il comma 2 dell'art. 2501-*quater* prevede che essa "*può essere sostituita dal bilancio dell'ultimo esercizio, se questo è stato chiuso non oltre sei mesi prima del giorno del deposito o della pubblicazione*" del progetto di fusione.

3. Nuova disciplina del riporto delle perdite fiscali nelle operazioni straordinarie

3.4. Regime del riporto delle perdite nelle operazioni di fusione e scissione

L'applicazione del criterio sub *b)* condurrebbe al medesimo risultato laddove l'ammontare dei versamenti e dei conferimenti incidesse in misura uguale sia sul PN relativo all'ultimo bilancio sia sul PN risultante dalla situazione patrimoniale infrannuale ("ipotesi 1" dello schema sotto elaborato). Ove, invece, essi dovessero incidere in maniera diversa, ad esempio integralmente sul PN relativo all'ultimo bilancio (perché compiuti entro il biennio) e solo parzialmente (o affatto) sul PN relativo alla situazione patrimoniale (perché effettuati oltre 2 anni prima rispetto alla data di riferimento della situazione patrimoniale), si determinerebbe un differente risultato ("ipotesi 2").

		Ipotesi 1	Ipotesi 2
Alfa (società fusa o incorporata)	Ultimo bilancio	Situazione patrimoniale <i>ex</i> 2501- <i>quater</i>	Situazione patrimoniale <i>ex</i> 2501- <i>quater</i>
Patrimonio netto	100	80	80
Conferimenti e versamenti nei 24 mesi anteriori	60	60	10
Limite di utilizzo delle perdite fiscali	40	20	70

È agevole osservare che ove il confronto andasse fatto prima di sottrarre i versamenti dell'ultimo biennio, occorrerebbe prendere sempre (nell'esempio) il patrimonio netto risultante dalla situazione patrimoniale, cosicché nell'ipotesi 1 le perdite fiscali di Alfa utilizzabili a riporto sarebbero pari a 20, mentre nell'ipotesi 2 il relativo importo si determinerebbe in 70.

La Corte di Cassazione ha invece chiarito che il PN risultante dall'ultimo bilancio e il PN della situazione patrimoniale infrannuale devono essere **confrontati dopo aver sottratto** i conferimenti e i versamenti fatti nei 24 mesi antecedenti alla data cui si riferisce il relativo documento contabile (i.e. bilancio, oppure situazione patrimoniale *ex art. 2501-quater*, c.c.), con l'effetto di limitare, nell'ipotesi 2, le perdite di Alfa riportabili a nuovo nell'importo massimo di 40.

Sempre ai fini della determinazione del patrimonio netto contabile, si ricorda ancora che, con la risoluzione 9 maggio 2011, n. 54/E, l'Agenzia delle Entrate aveva chiarito che la locuzione "*ultimo bilancio*" doveva interpretarsi distinguendo a seconda che la fusione fosse stata o meno retrodatata; più precisamente:

- in ipotesi di retrodatazione della fusione all'inizio dell'esercizio, l'"*ultimo bilancio*" andava individuato nel bilancio relativo all'**esercizio precedente** a quello in cui la fusione si era perfezionata, e ciò a prescindere dalla circostanza che tale bilancio fosse stato o meno già approvato;
- in caso, invece, di mancata retrodatazione, l'"*ultimo bilancio*" era costituito dal bilancio riferito alla **frazione di esercizio** che terminava con la data in cui la fusione era divenuta giuridicamente efficace²¹.

²¹ Secondo una parte della dottrina, l'impostazione seguita dall'Amministrazione nel caso di mancata retrodatazione della fusione non era condivisibile in quanto la normativa civilistica non prevede la redazione di un bilancio infrannuale alla data di efficacia della fusione, "*sicché il rinvio 'all'ultimo bilancio' non può che intendersi al bilancio relativo all'esercizio precedente a quello in cui la fusione è attuata (...). D'altro canto, lo stesso art. 172, al comma 8, con riguardo al reddito maturato nel periodo intercorrente tra l'inizio del periodo d'imposta e (il giorno antecedente) la data in cui ha giuridicamente effetto la fusione, stabilisce che esso deve essere determinato 'in base alle risultanze di apposito conto economico', così dando atto dell'assenza di un vero e proprio bilancio d'esercizio riferito a tale data*" (in questi termini, G. Andreani - A. Dodero - G. Ferranti, pagg. 3455-3456).

Nuova disciplina del riporto delle perdite fiscali nelle operazioni straordinarie 3.

Regime del riporto delle perdite nelle operazioni di fusione e scissione 3.4.

L'Agenzia motivava questa impostazione osservando, testualmente, quanto segue:

- “Il legislatore fiscale ha (...) individuato nel suddetto limite patrimoniale un indice, ancorché approssimativo, in grado di misurare la capacità della società - intesa come autonoma organizzazione e prima dell'integrazione dei patrimoni delle società partecipanti alla fusione - di produrre in futuro redditi imponibili tali da compensare le perdite fiscali pregresse riportate”;
- “giò osserva che con la modifica apportata dal D.L. n. 223 del 2006, al comma 7 dell'art. 172 è stato inserito un ulteriore periodo (penultimo) che prevede che ‘In caso di retrodatazione degli effetti fiscali della fusione ai sensi del comma 9, le limitazioni del presente comma si applicano anche al risultato negativo, determinabile applicando le regole ordinarie, che si sarebbe generato in modo autonomo in capo ai soggetti che partecipano alla fusione in relazione al periodo che intercorre tra l'inizio del periodo d'imposta e la data antecedente a quella di efficacia giuridica della fusione’. Nella sostanza, la disposizione sopra menzionata obbliga tutte le società partecipanti alla fusione, inclusa l'incorporante, a sottoporre le eventuali perdite ‘di periodo’ alla verifica della sussistenza degli indici di vitalità nonché al limite del patrimonio netto. La circostanza di dover quantificare, ai fini dell'applicazione della norma, anche le perdite ‘di periodo’, in caso di retrodatazione, giustifica, a fortiori, la scelta di adottare - come termine di riferimento - un patrimonio netto, quale indice di redditività prospettica della società in perdita, che sia quanto più prossimo alla data di efficacia giuridica della fusione”;
- “In altre parole, la finalità della disposizione in commento, nella sua evoluzione storica, rende necessario un confronto tra due termini omogenei (dal punto di vista temporale), ossia la ‘dote’ di perdite fiscali pregresse (nonché ‘di periodo’, in caso di retrodatazione fiscale) alla data di efficacia giuridica della fusione e la consistenza del patrimonio netto **a tale data** ovvero, in caso di retrodatazione, ad una data quanto più prossima, e ciò a prescindere dalla circostanza che il relativo bilancio sia stato già approvato. Sulla base di quanto sin qui argomentato, si ritiene che la locuzione ‘ultimo bilancio’ contenuta nell'art. 172, comma 7, primo periodo, del TUIR, debba essere correttamente intesa quale bilancio relativo all'ultimo esercizio chiuso prima della data di efficacia giuridica della fusione, **ancorché non approvato a tale data**”.

Il comma 7 dell'art. 172 sanciva, poi, un'ulteriore riduzione dell'ammontare delle perdite riportabili, prevedendo che le stesse non erano ammesse in deduzione per l'importo corrispondente ad una eventuale precedente svalutazione delle azioni o quote delle società partecipanti alla fusione, che fosse stata dedotta dal reddito imponibile di una delle società partecipanti alla fusione, oppure dal reddito imponibile della società che aveva ad essa ceduto le predette azioni o quote; ciò al fine di evitare un doppio utilizzo delle perdite, prima tramite la svalutazione fiscalmente rilevante delle partecipazioni nella società incorporata o fusa e, successivamente, mediante il riporto delle stesse perdite in capo alla società incorporante o risultante dalla fusione²².

²² Come è noto, dall'entrata in vigore della riforma fiscale del 2004 le svalutazioni di partecipazioni non sono più deducibili dal reddito imponibile della società partecipante.

3. Nuova disciplina del riporto delle perdite fiscali nelle operazioni straordinarie

3.4. Regime del riporto delle perdite nelle operazioni di fusione e scissione

3.4.3. Test di vitalità economica

Per quanto concerne il test di vitalità economica, da eseguire per ciascuna società partecipante alla fusione, occorre ricordare che lo stesso consisteva nel verificare che i ricavi e proventi dell'attività caratteristica, nonché il costo per le prestazioni di lavoro subordinato (compresi i relativi contributi), risultanti dal Conto economico della società le cui perdite erano riportabili, relativo all'esercizio precedente (e.g. esercizio $x-1$) a quello in cui la fusione era stata deliberata (e.g. esercizio x), fossero stati superiori al 40% di quelli risultanti dalla media dei due esercizi ancora precedenti (e.g. media degli esercizi $x-2$ e $x-3$).

Letteralmente, dunque, non sembrava rilevare la frazione di esercizio anteriore alla data di delibera.

Tuttavia, con la risoluzione n. 116/E del 24 ottobre 2006, l'Agenzia delle Entrate aveva, invece, ritenuto che i requisiti minimi di vitalità economica dovevano sussistere non solo nell'esercizio precedente a quello in cui la fusione era stata deliberata, ma anche **fino alla data della delibera di fusione**; l'Agenzia osservava, infatti, che la disposizione in commento *“verrebbe privata della sua portata antielusiva qualora fosse consentito il riporto delle perdite fiscali ad una società che è stata completamente depotenziata nell'arco di tempo intercorrente fra la chiusura dell'esercizio precedente alla fusione e la deliberazione dell'operazione medesima”* (nella specie, il depotenziamento si sarebbe verificato a seguito del conferimento di un ramo di azienda che doveva avvenire *ante* fusione).

In altri termini, gli indici di vitalità aziendale delle società che partecipavano alla fusione, nella prospettiva dell'Agenzia, dovevano essere soddisfatti non solo nel periodo d'imposta ordinario antecedente a quello nel corso del quale era stata deliberata la fusione, ma anche fino alla data della stessa delibera e, dunque, anche nella frazione di periodo compresa fra la data di chiusura dell'esercizio della società coinvolta nell'operazione e la data della delibera di fusione (frazione di periodo che, come noto, si annulla nell'ipotesi di retrodatazione di cui al comma 9 dell'art. 172 del TUIR)²³.

²³ La ricordata posizione dell'Amministrazione finanziaria fu ribadita prima con la risoluzione n. 143/E del 10 aprile 2008 e poi con la circolare n. 9/E del 9 marzo 2010, e costantemente riaffermata in tutte le risposte a interpello di questi ultimi anni. La circolare da ultimo citata aveva precisato, al riguardo, che *“l'ammontare dei ricavi e proventi dell'attività caratteristica e delle spese per prestazioni di lavoro relativi a detto intervallo di tempo deve essere **ragguagliato ad anno**, per consentire che il raffronto con la media dell'ammontare dei medesimi elementi contabili degli ultimi due esercizi precedenti sia effettuato tra dati omogenei”*. In senso critico rispetto a tale ampliamento temporale del test di vitalità, vedasi, per tutti, Assonime, circolare 31 maggio 2007, n. 31, e Associazione Italiana Dottori Commercialisti, norma di comportamento n. 176. Anche la circolare n. 2/2025 del Consorzio SRF del Gruppo Intesa Sanpaolo ricorda che *“Tale estensione in via interpretativa però era stata fortemente criticata sia perché - come accennato - non trovava fondamento nel dettato normativo sia perché poteva condurre a risultati non sempre coerenti soprattutto nei casi in cui la distribuzione dei ricavi e dei proventi, ovvero dei costi del personale, non seguisse una distribuzione costante nel corso dell'anno, come nel caso delle imprese c.d. 'stagionali'. Al riguardo, si pensi al caso di un'impresa che concentra la maggior parte dei suoi proventi nel secondo semestre e che debba ragguagliare, ai fini del test di vitalità relativo al periodo interinale, i ricavi e i proventi realizzati nei primi tre mesi dell'esercizio. Il ragguaglio ad anno potrebbe in questi casi condurre a risultati contraddittori”* (cfr. pag. 51).

Estratto

Estratto da un prodotto in vendita su **ShopWKI**, il negozio online di Wolters Kluwer Italia

Vai alla scheda →

Wolters Kluwer opera nel mercato dell'editoria professionale, del software, della formazione e dei servizi con i marchi: IPSOA, CEDAM, Altalex, UTET Giuridica, il fisco.



Wolters Kluwer