



Università
Ca' Foscari
Venezia

Corso di Laurea magistrale
in Amministrazione, Finanza e Controllo

Tesi di Laurea

**Disciplina del riporto delle perdite fiscali ai sensi degli articoli
84, 172, 173 del d.pr. 917/1986 e confronto con la disciplina
generale antiabuso ai sensi della l. 212/2000.**

Relatore

Ch. Prof. Antonio Viotto

Laureando

Lorenzo Gerlin

Matricola 873349

Anno Accademico

2022 / 2023

*Un sentito ringraziamento al Prof. Antonio Viotto
per la propria disponibilità e cortesia ad essere il relatore della mia tesi magistrale.*

*Ringrazio anche il Dott. Gianluca Zinno per la disponibilità dimostratami durante la
stesura dell'elaborato e, in generale, per il suo ruolo di tutor.*

Alla mia famiglia, in particolare ai miei genitori, a Gaia e Martina.

Introduzione.....	1
-------------------	---

**Capitolo I – Natura giuridica del riporto delle perdite,
fonti normative, disciplina antiabuso.**

<i>1.1 Principi generali riporto delle perdite e derivazione rafforzata.....</i>	<i>4</i>
<i>1.2 Disciplina generale dell’abuso del diritto tributario.....</i>	<i>11</i>

Capitolo II - Riporto delle perdite nei soggetti IRES.

<i>2.1 Articolo 84 d.p.r. 917/1986.....</i>	<i>22</i>
<i>2.2 Norme antielusive: test di vitalità.....</i>	<i>25</i>
<i>2.3 Rapporto tra riporto delle perdite e normativa antiabuso del diritto.....</i>	<i>28</i>
<i>2.3.1. Prassi e posizione dell’Agenzia delle Entrate.....</i>	<i>28</i>

Capitolo III – Il riporto delle perdite nelle operazioni di fusione.

<i>3.1 Quadro introduttivo dell’operazione.....</i>	<i>36</i>
<i>3.1.1. Le finalità e tipologie dell’operazione.....</i>	<i>36</i>
<i>3.1.2. Cenni giuridici.....</i>	<i>37</i>
<i>3.1.3. Cenni contabili.....</i>	<i>41</i>
<i>3.2 Cenni al trattamento fiscale dell’operazione, riporto delle perdite – Art. 172, settimo comma del Testo Unico.....</i>	<i>43</i>
<i>3.2.1. Il riporto delle perdite fiscali nell’operazione di fusione, art. 172, settimo comma del Testo Unico.....</i>	<i>46</i>
<i>3.3 Prassi e giurisprudenza sul riporto delle perdite e sul rapporto con la disciplina antiabuso nell’operazione di fusione.....</i>	<i>52</i>

Capitolo IV - Operazioni straordinarie: la scissione.

<i>4.1 Quadro introduttivo dell’operazione.....</i>	<i>61</i>
<i>4.1.1 Le finalità e tipologie dell’operazione.....</i>	<i>61</i>
<i>4.1.2 Cenni giuridici.....</i>	<i>62</i>

4.1.3 Cenni contabili.....	66
4.2 Cenni al trattamento fiscale dell'operazione, riporto delle perdite - Art. 173, decimo comma del Testo Unico.....	67
4.2.1 Il riporto delle perdite fiscali nell'operazione di scissione, art. 173, decimo comma del Testo Unico.....	70
4.3 Prassi sul riporto delle perdite e sul rapporto con la disciplina antiabuso nell'operazione di scissione.....	73
4.3.1 Scissione mediante scorporo e tratti elusivi.....	82
Capitolo V – Operazioni di acquisizione con indebitamento: riporto delle perdite e disciplina antiabuso nelle operazioni di Leveraged Buy Out.	
5.1 Quadro introduttivo dell'operazione.....	86
5.1.1 Le finalità e tipologie dell'operazione.....	86
5.1.2 Aspetti civilistici ed evoluzione normativa.....	87
5.2 Brevi accenni alla fiscalità dell'operazione di acquisizione con indebitamento, disciplina del riporto delle perdite fiscali.....	89
5.2.1 Riporto delle perdite fiscali nelle operazioni di LBO e MLBO.....	90
5.3 Prassi e giurisprudenza sul riporto delle perdite fiscali e correlata disciplina antiabuso nelle operazioni di LBO e MLBO.....	93
Conclusione.....	105
Bibliografia.....	111

Introduzione

L'elaborato che segue mira ad analizzare la disciplina del riporto delle perdite fiscali nei casi previsti dalla normativa fiscale nazionale, anche per quanto concerne le operazioni straordinarie di fusione, scissione, le operazioni di Merged Leveraged Buy-Out successive ad un'acquisizione con indebitamento. Il legislatore fiscale si è preso la cura di ottemperare attraverso questo sistema di riporto al dettato costituzionale legato all'imposizione sulla base della capacità contributiva propria del contribuente e si è inteso andare al di là della sola analisi dei vari regimi, limiti e sistemi imposti dal Testo Unico al fine di raggiungere lo scopo, affiancando tale indagine anche con la disciplina antiabuso (sia generale, quanto quella prevista specificamente dagli articoli del Testo Unico) come ideata dal legislatore.

La motivazione dietro la scelta di tale argomento giace nella rilevanza e nella complementarità dello stesso con la prassi aziendale: infatti, avendo modo di confrontare l'aspetto teorico con la realtà (principalmente accademica, in minor percentuale anche professionale) si è ritenuto avesse importanza lo sforzo di analizzare il trattamento fiscale di dette perdite, la ratio legis dietro le scelte del legislatore, nonché in quali fattispecie l'Agenzia delle Entrate possa muovere delle contestazioni ai contribuenti in merito all'errato utilizzo delle siffatte norme, oltre che porre le modalità, e gli elementi che l'Ufficio valorizza nelle contestazioni. Inoltre, l'analisi a cui si procederà nel testo seguente permette di conoscere in maniera approfondita il contorno che cinge la normativa fiscale in tema di riporto delle perdite e del collegato abuso del diritto: ciò permette di fare fronte, in un futuro professionale mirato alla libera professione, in maniera quanto più completa e ponderata possibile alla eventuale necessità del contribuente che intendesse porre in essere un'operazione straordinaria in cui sono presenti posizioni fiscali da riportare. Ancora, permette di rispondere ai dubbi del contribuente circa il comportamento tenuto dall'Agenzia delle Entrate nei casi di divieto al riporto delle perdite fiscali e di qualificazione come abusiva di un'operazione.

La struttura della seguente tesi è ordinata in cinque capitoli, ciascuno contenente il medesimo ordine nei propri paragrafi: il Capitolo I si concentra, in maniera generale e con scopo introduttivo, sulla natura e sulla ratio del riporto delle perdite fiscali nonché sulla disciplina antiabuso attualmente in vigore. Si è ritenuto utile ai fini della comprensione dell'elaborato analizzare le motivazioni che hanno portato il legislatore a

prevedere tale istituto, accennando brevemente alle ultime e più rilevanti modifiche normative che lo coinvolgono. Lo stesso trattamento è stato riservato alla normativa antiabuso, analizzata nel dettaglio per quanto concerne l'art. 10bis dello Statuto del Contribuente (in quanto di primaria importanza ai fini dell'elaborato), e brevemente accennata nell'exkursus storico che ha portato il legislatore a modificare nell'ultimo decennio il proprio approccio verso la materia, il che ha permesso di comprendere in maniera completa la ratio dietro il dettato normativo della vigente disciplina generale antiabuso. Il successivo capitolo II esamina il dettato dell'art. 84 del Testo Unico (pertanto applicabile ai soggetti IRES), che, oltre alla sua applicabilità per numerosi contribuenti costituisce la base sulla quale viene costruita la normativa legata al riporto delle perdite anche per le operazioni straordinarie dei capitoli successivi, data la scelta del legislatore tributario di riprendere nei rispettivi articoli 172 e 173 del Testo Unico i c.d. test di vitalità e i limiti, in chiave antielusiva, al fine della concessione del riporto delle perdite fiscali. I successivi capitoli III, IV e V analizzano, dopo aver accennato (per i soli fini che rilevano per il presente elaborato) alcuni aspetti civilistici e contabili, nel dettaglio lo schema del riporto delle perdite nei casi delle operazioni straordinarie di (nell'ordine) fusione, scissione e LBO (o meglio, del successivo MLBO) e commenta il dettaglio di alcuni interventi di prassi e giurisprudenza utili per comprendere come tale istituto si raffronti – per quanto concerne due soggetti diversi ma collegati – con la disciplina generale antiabuso di cui all'art. 10bis dello Statuto del Contribuente.

Al fine di raggiungere lo scopo dell'elaborato è stata seguita una metodologia di lavoro costituita nell'analisi della normativa fiscale e dei commenti ad essa riferiti da parte di autorevole dottrina, la cui analisi è avvenuta sulla base di un'accurata ricerca bibliografica, la ricerca di materiale in merito alla prassi che coinvolge gli argomenti toccati all'interno dell'elaborato attingendo ai documenti dell'Agenzia delle Entrate (non solo interpelli antiabuso e disapplicativi), oltre che a sentenze ed altri documenti prodotti da diversa giurisprudenza (non solo documenti prodotti dalla Corte di Cassazione, ma anche da tribunali e corti di giustizia tributarie dei gradi inferiori) al fine di comprendere come si pongano gli organi giudicanti in merito all'argomento oggetto di analisi nel presente elaborato.

Capitolo I - Natura giuridica del riporto delle perdite, fonti normative, disciplina antiabuso.

1.1. Principi generali riporto delle perdite, derivazione rafforzata, e Art. 53 Costituzione.

La conduzione di attività d'impresa, come anche l'esercizio di arti e professioni, sottintende il conseguimento di risultati positivi, con il fine ultimo quello della generazione di valore per gli stakeholder e, in ottica più ampia, ai portatori di interessi. Il raggiungimento di tale obiettivo ha come conseguenza la compartecipazione dell'impresa o dell'esercente arte o professione alle spese pubbliche sulla base della propria capacità contributiva, ottemperando alla solidarietà normata dall'Art. 53 Cost.

In questa sede non si approfondiranno le diverse modalità con cui tale compartecipazione viene raggiunta; quindi, non si esamineranno i diversi regimi a cui i vari soggetti passivi saranno sottoposti ma verrà studiata la situazione in cui tale soggetto passivo non possa adempiere al dettato costituzionale in quanto non abbia prodotto alcun reddito.

Il conseguimento di una perdita è sintomo di erosione di ricchezza, implica che in quel determinato esercizio sia venuto meno l'equilibrio economico necessario, causando una riduzione di valore e, conseguentemente, la sparizione della capacità contributiva del soggetto passivo.

Nella felice ipotesi in cui l'impresa o l'esercente di arti o professioni consegua un risultato positivo, tale rappresenta – con iniziale approssimazione – l'indice di capacità contributiva dal quale sorgerà un'obbligazione tributaria in cui l'Erario sarà soggetto attivo d'imposta. Qualora, invece, il risultato sia negativo si potrebbe formulare l'ipotesi in cui sia il contribuente ad essere “creditore” verso l'Erario per una determinata somma di denaro parametrata all'importo della perdita fiscale conseguita. In particolare, il contribuente, non essendo sottoposto a tassazione sul reddito in ragione del risultato negativo conseguito, avrà la possibilità di utilizzare tale perdita nei successivi esercizi in abbattimento al futuro reddito imponibile con differenti modalità a seconda della tipologia di contribuente.

Fino ad ora si è fatto riferimento ai vaghi concetti di “risultato”, “reddito”, “perdita” senza alcun distinguo particolare: la realtà normativa invece, prevede una divergenza tra il risultato economico (positivo o negativo che sia) indicato nel bilancio d'esercizio, dal

reddito imponibile o dalla perdita fiscale che troverà indicazione nella dichiarazione del contribuente. Dal punto di vista fiscale, il risultato del periodo d'imposta è dato dalla differenza tra i componenti positivi imponibili e i componenti negativi deducibili, seguendo le disposizioni prodotte dal legislatore fiscale che non corrispondono completamente con ciò che invece prevede il legislatore civilistico e i principi contabili¹. Ciò nonostante, il punto di partenza per il calcolo dell'imponibile è il risultato del bilancio d'esercizio a cui saranno apportate delle rettifiche in aumento o in diminuzione aderenti con la normativa fiscale vigente.

Il d.l. 244/2016 con l'art. 13bis ha modificato il testo dell'articolo 83 del d.pr. 917/1986, introducendo il c.d. "principio di derivazione rafforzata", per cui per i soggetti diversi dalle microimprese² debbono essere utilizzati i criteri di qualificazione, imputazione temporale e classificazione previsti dai principi contabili adottati (IAS/IFRS o OIC) anche in deroga alle disposizioni fiscali del Testo Unico delle Imposte sui redditi (nel proseguo "TUIR" o "Testo Unico"). In sostanza, anche il legislatore tributario riconosce come fundamenta su cui calcolare il reddito imponibile il risultato economico dell'esercizio, sebbene lo ritenga una misura grezza della capacità contributiva del contribuente, che deve essere pertanto rettificata per aderire alle finalità della normativa fiscale.

Una volta evidenziata, seppur in maniera molto sintetica, come si giunga alla definizione dell'imponibile fiscale, si intende analizzare la particolare fattispecie in cui detto risultato assuma saldo negativo. Al fine di ottemperare al principio dell'Art. 53 Cost., il legislatore tributario ha previsto la possibilità, come accennato, di utilizzare la perdita a diminuzione del reddito dei successivi periodi d'imposta. La realizzazione del dettato costituzionale in tale modalità costituisce una deroga rispetto a quanto previsto dal Titolo I (Art. 7, comma 1³) e dal Titolo II (art. 76⁴) del Testo Unico, in cui non dovrebbero essere presenti

¹ Mentre lo scopo del bilancio è quello della rappresentazione chiara, veritiera e corretta della situazione economica, patrimoniale e finanziaria, quello della normativa fiscale è giungere alla determinazione del reddito imponibile in maniera oggettiva. Questo rappresenta la ratio principale delle divergenze normative.

² Le microimprese, come descritte dall'art. 2435ter del Codice Civile, sono società che nel primo o per due esercizi consecutivi non hanno superato due dei seguenti limiti: attivo patrimoniale non superiore a 175.000 Euro, ricavi non superiori a 300.000 Euro e massimo cinque dipendenti impiegati in media.

³ La disposizione recita: "L'imposta è dovuta per anni solari, a ciascuno dei quali corrisponde un'obbligazione tributaria autonoma, salvo quanto stabilito nel comma 3 dell'art. 8 e nel secondo periodo del comma 3 dell'art. 11".

⁴ La disposizione recita: "L'imposta è dovuta per periodi d'imposta, a ciascuno dei quali corrisponde una obbligazione tributaria autonoma salvo quanto stabilito dagli artt. 80 e 84[...].

“influenze” di esercizi anteriori o successivi nel periodo impositivo oggetto di dichiarazione. In realtà, proprio per parametrare la tassazione all’effettiva capacità contributiva del soggetto passivo, entrambi gli articoli fanno riferimento specificamente al riporto in avanti delle perdite fiscali. Le modalità con cui tale riporto è effettuato è stata oggetto di modifiche nel corso degli anni, tra cui quella attraverso l’art. 23, nono comma, D.L. 98/2011 e quella più recente portata avanti con la Legge di Bilancio 2018⁵. L’intervento del 2011 è stato reso necessario a seguito delle conseguenze della crisi finanziaria dello scorso decennio: il legislatore intervenne sull’articolo 84 del Testo Unico cambiando il regime, o meglio i limiti, del riporto delle perdite per i soggetti passivi IRES, passando dal limite temporale del quinto esercizio successivo alla possibilità di scomputare la perdita in diminuzione dei redditi dei successivi esercizi nel limite dell’80% di tali redditi e per l’intero importo che trova capienza in tale ammontare⁶. Tale modifica normativa ha risolto la problematica data dall’impossibilità di sfruttare appieno il riporto per ripetuti esercizi in perdita e il rischio di superare il limite temporale del quinto esercizio che era precedentemente previsto. Tuttavia, con il D.L. 98/2011 non venne emendato il riporto per i soggetti IRPEF (art. 8, comma 3) per i quali perdurava il limite temporale, delineando una divergenza che risultava difficilmente giustificabile e incomprensibilmente discriminante per tali soggetti. Infatti, le società di capitali e i soggetti IRES più in generale, non erano sicuramente gli unici ad essere afflitti da difficoltà economiche dovute alla crisi: anche i professionisti e le società di persone ne risentirono, ma per questi soggetti rimaneva precluso il nuovo regime.

Con la Legge di Bilancio 2018 vengono equiparate le modalità del riporto, in quanto con l’articolo 1, commi 23 e seguenti, è stato modificato il testo dell’art. 8, comma 3 del Testo Unico prevedendo che a partire dall’anno d’imposta 2018⁷ le perdite derivanti dall’esercizio di imprese commerciali e dalla partecipazione in società di persone⁸ possano essere computate in diminuzione con gli stessi limiti quantitativi previsti

⁵ D.L. 145/2018

⁶ Esempio. Per l’anno *n* la società Alfa S.p.A. ha prodotto una perdita fiscalmente riportabile di un milione di euro. Nell’anno successivo ha prodotto un reddito imponibile di un 500.000 Euro. Ebbene, la società Alfa S.p.A. potrà diminuire quel reddito della perdita dell’esercizio *n* per un ammontare di 400.000 Euro.

⁷ Costituendo una deroga all’articolo 3, comma 1, della legge n. 212/2000 che recita “*salvo quanto disposto dall’articolo 1, comma 2, le disposizioni tributarie non hanno effetto retroattivo. Relativamente ai tributi periodici le modifiche introdotte si applicano solo a partire dal periodo d’imposta successivo a quello in corso alla data di entrata in vigore delle disposizioni che lo prevedono*”.

⁸ Ad esclusione delle società semplici

dall'articolo 84, comma 1 del Testo Unico. Di fatto, si è esteso il regime previsto dal titolo II, anche al Titolo I del Testo Unico, mantenendo però la possibilità di riportare la perdita solo in abbattimento al reddito d'impresa. La modifica del citato articolo 8 è stata anche accompagnata da un regime di riporto delle perdite transitorio riservato alle imprese minori, così come descritte dall'articolo 66 del Testo Unico, e da un regime transitorio di riporto delle perdite conseguite nel periodo d'imposta 2017. In entrambi i casi il riporto venne concesso con delle limitazioni percentuali sul reddito conseguito nei periodi successivi.

Riassumendo, al momento della stesura del presente elaborato, il regime di riporto delle perdite è lo stesso sia per i soggetti che devono sottostare al dettato dell'articolo 8, comma 3 del Testo Unico, sia per quelli che seguono il regime dei soggetti IRES previsto dall'articolo 84 del Testo Unico. L'eccezione a tale regime è concessa per le c.d. "start up", le quali possono riportare le perdite che maturano nei primi tre esercizi d'imposta senza alcun limite, né quantitativo, né temporale. Il regime di riporto illimitato per questo tipo di soggetti viene anche indicato all'art. 8 del Testo Unico, attraverso un rinvio all'art. 84.

Il rispetto quindi del principio di capacità contributiva viene ottemperato "influenzando" i successivi periodi d'imposta con la perdita prodotta nel precedente. Tuttavia, sono esistiti e continuano ad esistere, in altre legislazioni, casi in cui le perdite sono riportate all'indietro (c.d. loss carry back)⁹, ovvero della possibilità di riportare le perdite nei precedenti periodi d'imposta, in modo tale che l'impresa che abbia prodotto la perdita "rientri" delle imposte pagate negli esercizi precedenti, attenuando l'impatto della perdita stessa. Nella disciplina disegnata dal legislatore tributario italiano, lo scomputo delle perdite, per poter essere effettivamente coerente con il principio della capacità contributiva presuppone l'esistenza della presenza di successivi periodi d'imposta e, soprattutto, la presenza di un reddito da rettificare in diminuzione. Volendo contrapporre le due metodologie, si può ragionevolmente affermare che, seppur il metodo del "loss carry back" non risolva anch'esso il problema della deroga all'autonomia del periodo d'imposta e comporti la necessità di gestire la problematica della rettifica di un rapporto con il Fisco già liquidato (problematica non di poco conto se considerata sotto il profilo della finanza pubblica), è di tutta evidenza che tale metodo risulterebbe di aiuto alle imprese in momenti di contingenza economica negativa, oltre che nel caso in cui

⁹ Francia, Gran Bretagna, Germania (entro certi limiti) lo prevedono.

un'impresa cessi la propria esistenza a seguito del conseguimento in esercizi consecutivi di perdite fiscali (non potendo, diversamente, mai recuperare – o meglio, farsi riconoscere dal Fisco – la diminuzione della capacità contributiva¹⁰).

Chiarite le motivazioni legate al rispetto dell'art. 53 della Costituzione, che sottostanno allo scomputo delle perdite fiscali, appare opportuno citare i profili operativi che il contribuente deve osservare affinché detto scomputo possa avvenire in maniera corretta e nel rispetto delle previsioni di legge.

In particolare, sia reddito imponibile o perdita fiscale, hanno necessità di essere riportati all'interno di una dichiarazione, in modo da rendere noto all'Amministrazione Finanziaria il risultato conseguito.

Assumendo che il risultato fiscale del periodo d'imposta (perdita) sia stato correttamente determinato, appare interessante affrontare due diverse fattispecie oggetto di dibattito nel corso del tempo, ovvero il caso dell'errata indicazione dell'ammontare della perdita nella dichiarazione dei redditi e il caso dell'omessa presentazione della dichiarazione.

Innanzitutto, la dichiarazione si può definire come un modello di presentazione della realtà, con “la funzione meramente ricognitiva della fattispecie concreta e deve conseguentemente ammettersi che tale dichiarazione sia suscettibile ad essere emendata in presenza di errori di rappresentazione del fatto o della sua qualificazione giuridica”¹¹ e pertanto, qualora essa non riporti correttamente i dati reddituali del contribuente, deve essere concessa la possibilità di fare emendamenti¹² a tale dichiarazione¹³.

Nel caso in cui la dichiarazione non venga presentata, c'è da chiedersi se le perdite siano comunque riportabili, data la mancanza di informativa verso l'Amministrazione Finanziaria.

Al proposito rileva una sentenza della Corte di Cassazione¹⁴, la quale giudica legittimo il riporto delle perdite anche in assenza di dichiarazione, assimilando la questione alla

¹⁰ Risposta ad interpello Agenzia delle Entrate, n. 556 del 2020

¹¹ Così G. Tinelli, *Istituzioni di Diritto tributario*, Cedam, Padova, 2013, 249.

¹² Le modifiche alla dichiarazione possono essere ovviamente apportate sia a favore dell'Amministrazione finanziaria (nel caso in cui il contribuente abbia dichiarato un imponibile inferiore a quello effettivo, ad esempio a causa di deduzione completa di costi che la normativa fiscale riconosce come parzialmente deducibili; ma anche a favore del contribuente, nel caso in cui la perdita indicata nel modello dichiarativo sia inferiore alla perdita reale conseguita nell'anno d'imposta a cui si riferisce la dichiarazione.

¹³ Si nota che la natura giuridica della dichiarazione dei redditi, è una dichiarazione di scienza e non una dichiarazione di volontà, come invece lo sono le opzioni che in sede di dichiarazione vengono esercitate (a titolo esemplificativo si pensi alla trasparenza prevista dagli articoli 115 e 116 del Testo Unico).

¹⁴ Corte di Cassazione, sentenza n. 17757 del 8 settembre 2016, dep. 8 settembre 2016

fattispecie della dichiarazione emendabile, dato che il contribuente non può sostenere oneri maggiori rispetto a quelli previsti dalla normativa fiscale, rilevando che “si tratta di porre rimedio a errori e/o omissioni del contribuente, in presenza di situazioni legali e veritiere”. L’Agenzia delle Entrate si spinge oltre, arrivando a definire “equivalente” la situazione in cui venga dimostrata l’esistenza a livello contabile del credito verso l’Erario, rispetto a quella del corretto adempimento agli obblighi dichiarativi¹⁵. Tale posizione dell’Agenzia è diretta a dare corso a “quel rapporto di compliance tra Fisco e contribuente improntato alla collaborazione e buona fede”¹⁶, previsto anche dall’art. 3 della legge n. 212/2000. La posizione dell’Agenzia, e pertanto anche quella della Suprema Corte risultano ulteriormente avvalorate dal fatto che il riporto delle perdite¹⁷ costituisce uno strumento predisposto dal legislatore tributario per garantire al contribuente un trattamento fiscale basato sulla propria capacità contributiva. Una diversa posizione, tale per cui la perdita non sia più riportabile per il solo fatto di non aver ottemperando correttamente ad un adempimento dichiarativo, risulterebbe in palese violazione del dettato dell’Art. 53 Cost.

Concludendo la disamina del regime del riporto delle perdite previste dal Testo Unico, si può osservare¹⁸ come il legislatore, con gli interventi normativi intrapresi, abbia allargato l’ambito di applicazione della c.d. “compensazione verticale” delle perdite, potendo le medesime essere scomutate dai redditi della stessa categoria (redditi d’impresa, ad esempio) prodotti dallo stesso soggetto negli esercizi successivi.

Vi sono, tuttavia, delle eccezioni favorevoli per il contribuente a tale regola. In particolare, i percettori di reddito da lavoro autonomo possono utilizzare la perdita prodotta nell’esercizio della professione o arte per abbattere anche redditi di natura diversa da quelli di cui all’art. 53 del Testo Unico: tale comportamento non è consentito anche ai soggetti IRES soci di società in accomandita semplice¹⁹ e società in nome collettivo, come previsto dall’art. 101, comma 6. In tal caso, infatti, la norma prevede la

¹⁵ Agenzia delle Entrate, circolare n. 31/E del 2013

¹⁶ De Marco S., *La disciplina del riporto delle perdite fiscali e loss carry back*, in *Diritto e pratica tributaria*, 3/2018

¹⁷ Come scrive De Marco S., *La disciplina del riporto delle perdite fiscali e loss carry back*, in *Diritto e pratica tributaria*, 3/2018 e l’Associazione Italiana dei Dottori Commercialisti (AIDC), norma di comportamento n. 206/2019.

¹⁸ Ciò è particolarmente vero nel periodo posteriore alla modifica fatta con la legge di bilancio 2018.

¹⁹ Le quali hanno un regime di riporto delle perdite particolare a seguito del diverso grado di limitazione di responsabilità tra soci accomandanti e accomandatari.

possibilità di utilizzare le perdite solo in abbattimento degli utili attribuiti per trasparenza dalla partecipata.

Entrambe le eccezioni, come avanti esposto, appaiono incoerenti: in un contesto indirizzato alla compensazione verticale, permettere ai lavoratori autonomi di poter utilizzare la c.d. “compensazione orizzontale”²⁰ determina il sorgere, nel panorama legislativo, di un trattamento tributario differenziato che non trova alcuna giustificazione nella motivazione.

Più complesso appare invece il dettato dell’articolo 101, comma 6, in quanto questa volta il legislatore sulla modalità di riporto si è mantenuto coerente con l’indirizzo preso; tuttavia, ha limitato la riportabilità delle perdite ai soli redditi attribuiti per trasparenza dalla partecipata. Anche qui non è chiaro cosa il legislatore volesse ottenere, in quanto il reddito che il soggetto IRES ottiene è comunque reddito d’impresa, della stessa categoria di quello prodotto dalla società in accomandita semplice o in nome collettivo in cui partecipa; specularmente per la perdita, quindi è difficile ricondurre la fattispecie normata dall’articolo di cui sopra anche alla compensazione verticale, e potremmo considerarla un “terzo binario” oltre ai due citati prima.

Anche assecondando il pensiero espresso²¹ per cui la disposizione ha una portata antielusiva al fine di evitare che la società di capitali scarichi i propri debiti e conseguentemente i propri interessi passivi sulla società di persone al solo scopo di superare l’applicabilità dell’art. 96 del T.U.I.R. ed eluderne i limiti²² con quest’ultima che a causa di essi produce una perdita fiscale avrebbe potuto essere oggetto di specifici vincoli da parte del legislatore: ad esempio l’indicazione in sede di dichiarazione dell’ammontare della perdita dovuto ad interessi passivi, e in caso di assenza o entro definiti limiti, la perdita avrebbe potuto essere utilizzata in abbattimento dei redditi della partecipante.

²⁰ Permette di utilizzare la perdita anche con redditi di natura diversa da quella rispetto a cui la perdita si è generata.

²¹ Sorignani P.R., Merli B., *Il trattamento tributario delle perdite d’impresa: un quadro di insieme da riscrivere*, in *Il Fisco* 28/2018, 2018, p. 2725.

²² Gli interessi passivi sono deducibili nel limite degli interessi attivi, con l’eccedenza che può essere portata in diminuzione nel limite del 30% del ROL, ai sensi dell’art. 96 del Testo Unico.

1.2. Disciplina generale dell'abuso del diritto tributario.

Nell'espletamento delle funzioni delle norme tributarie - la cui ratio è quella di giungere al calcolo di una base imponibile quanto più oggettiva possibile e parametrare la tassazione sulla base della capacità contributiva del soggetto passivo – si è giunti ad una situazione tale per cui lo stesso assetto di norme viene utilizzato dal soggetto al fine di ridurre l'ammontare di imposte da esso dovute senza però violare le leggi stesse.

I tentativi dei vari Paesi di limitare l'uso di norme tributarie con operazioni volte solamente ad ottenere un risparmio d'imposta non consentito se la norma o le norme tributarie fossero state coerentemente seguite, risalgono ad alcuni decenni fa, con differenti modalità e risultati raggiunti diversi. Nel caso italiano, le prime codificazioni sull'abuso del diritto in ambito tributario risalgono a prima degli anni Novanta, con cui il legislatore dell'epoca cercava attraverso una tecnica di tipo casistico²³ di risolvere il problema dell'abuso delle norme tributarie e dell'elusione fiscale. La storia della norma antiabuso ha decretato l'insuccesso di tale modalità: la ratio del legislatore era eliminare la possibilità che una determinata condotta abusiva potesse ripetersi, ma ciò sottintende alcune considerazioni rilevanti: la condotta stessa deve essere già stata realizzata una prima volta, diventa necessario al fine di raggiungere lo scopo una continua e tempestiva produzione normativa, e il legislatore sarebbe irrimediabilmente condannato ad una "rincorsa"²⁴. Un approccio di questo tipo non combatte l'abuso del diritto e l'elusione fiscale, bensì costituisce un segno di incapacità del legislatore di dare vita ad una generale normativa antiabuso, applicabile in senso lato in tutte le situazioni che riguardano qualsiasi tipologia di imposta (sul reddito, sull'IVA, imposte di registro e altre).

Il capitolo successivo della storia normativa dell'abuso è costituito da un tentativo di superamento della tecnica casistica in virtù di una più funzionale norma generale: l'art. 10 della legge n. 408/1990. Con tale articolo il legislatore mirava a combattere l'abuso, ma limitando l'ambito della normativa alle operazioni straordinarie, qualora fosse stato realizzato uno schema per ottenere "fraudolentemente" un risparmio d'imposta senza che

²³ Il legislatore mirava a chiudere le specifiche operazioni, o complessi di operazioni volti ad eludere il fisco e all'abuso. Non mirava, a questo punto dell'evoluzione della norma, a produrre una normativa generalmente applicabile alle fattispecie abusive.

²⁴ Non solo alle "spalle" dell'elusore, ma avrebbe anche causato una proliferazione importante di norme data dalla continua evoluzione delle operazioni che avvengono all'interno del mercato, e che sarebbero anche potute divenire inutili nel lungo periodo od obsolete, dato che le sfumature con cui una stessa operazione può essere posta in essere sono molteplici.

l'operazione posta in essere fosse motivata da una valida ragione economica. Come evidenziato da autorevoli autori, tale formula non è “priva di ambiguità”²⁵: anche il solo termine “fraudolentemente” può essere inteso in maniera differente.

Il successivo step normativo è costituito dall'art. 37bis del D.P.R. 600/1973. La nuova disposizione mirava, come specificamente indicato dalle norme attuative²⁶, ad eliminare alcune delle incertezze precedentemente esistenti. In particolar modo, sparisce quel “fraudolentemente” che era presente nell'art. 10 in favore di una maggiore chiarezza sui comportamenti elusivi, la cui corretta interpretazione è quella dell'utilizzo di scappatoie formalmente lecite al fine di non applicare il corretto trattamento fiscale all'operazione per ottenere un vantaggio fiscale altrimenti inesistente²⁷²⁸. Se lo scopo di maggiore chiarezza è stato parzialmente raggiunto, non può dirsi lo stesso per l'altro obiettivo: quello di una norma generalmente applicabile nei casi di abuso. Le ragioni di tale posizione sono state evidenziate da diversi autori²⁹, e risultano difficilmente contestabili; innanzitutto, un primo problema è dato dalla collocazione della norma all'interno del D.P.R. n.600/1973. Tale disposizione verte principalmente sulle imposte sul reddito³⁰, e ciò ha portato a valutare la disposizione dell'art. 37bis come “limitata” alle operazioni abusive ed elusive vertenti le imposte sul reddito: tale limitazione non è di poco conto, data invece la presenza di operazioni abusive ed elusive inerenti a diverse tipologie d'imposta (imposta di registro, IVA) su cui però non era applicabile il regime di cui all'articolo 37bis data la posizione espressa dal legislatore stesso nella circolare illustrativa del D.lgs. 358/1997³¹. Per sopperire a tale “mancanza” la giurisprudenza ha cercato di utilizzare le disposizioni civilistiche per andare contro gli atti elusivi che non rientravano nell'ambito di applicazione dell'articolo in commento: successivamente si è

²⁵ Zizzo G., *La clausola generale antiabuso, tra certezza del diritto ed equità del prelievo*, pagina 29

²⁶ Art. 7 d.lgs n. 358/1997, attuativo dell'art. 3, comma 1, lett. G, della legge n. 662/1996.

²⁷ Relazione al d.lgs. 358/1997

²⁸ Trattasi comunque di un'interpretazione ex post, utile ai fini dell'applicazione dell'art. 37bis, ma che decreta l'erroneità delle sentenze in cui è stato applicato il precedente articolo 10 con un'interpretazione diversa da quella poi resa nota dal legislatore. Ciò avvalorava la necessità di ampliare l'ambito applicativo della norma antiabuso, e allo stesso tempo renderla quanto più chiara possibile in modo tale da non dare adito a sentenze che, potenzialmente, possano decretare un comportamento come abusivo o elusivo, quando in realtà non lo è secondo la ratio della norma.

²⁹ Zizzo G., *La clausola generale antiabuso, tra certezza del diritto ed equità del prelievo*, pagina 29; ma anche Ficari V., *Virtù e vizi della nuova disciplina dell'abuso e dell'elusione tributaria ex art. 10bis della l. n. 212/2000*, Rivista trimestrale di diritto tributario, 2/2016.

³⁰ Ad esempio, è lo stesso testo normativo in cui agli artt. 25 e ss sono normate le ritenute alla fonte per le diverse tipologie reddituali.

³¹ Circolare ministeriale del 19 dicembre 1997, n. 320/E

cercato di collocare il contrasto all'abuso agganciandolo ai principi costituzionali di cui all'articolo 53³². Tuttavia, tale approccio risulta – oltre che una forzatura per cercare di combattere le mancanze dell'articolo 37bis – difficilmente sostenibile: infatti, collocare l'abuso del diritto come descritto nell'articolo quale violazione di principi costituzionali di progressività e capacità contributiva porta a concludere che l'operazione illecita non sia tale in quanto con essa sono state aggirate, attraverso schemi appositamente predisposti, norme tributarie per ottenere un risparmio d'imposta, bensì porta a concludere che l'abuso contrasti con principi costituzionali e con i fondamenti del diritto tributario. Tale risultato è difficilmente condivisibile, e ciò è rinvenibile dal dettato costituzionale stesso: è il sistema tributario che deve essere basato su logiche di progressività e sul principio di capacità contributiva, l'aggiramento di norme che rispettano tale requisito non può essere considerata violazione del principio stesso. Inoltre, l'ambito applicativo dell'art. 37bis è ulteriormente "ristretto" dal dettato del comma 3³³, il quale fa riferimento a specifiche classi di operazioni su cui è possibile applicare i primi due commi dell'articolo stesso. Tale confine porta a concludere che l'area di competenza dell'articolo in esame, unitamente alla sua collocazione all'interno del D.P.R. 600/1973, riguardi l'imposizione sul reddito limitata alle classi di operazioni di cui al comma 3. Nella normativa sulle imposte sul reddito è prevista, in alcuni casi, la possibilità di opzione per un regime fiscale meno oneroso: l'articolo 37bis non contiene un riferimento a tale fattispecie (escludendola in maniera esplicita dai casi di abuso ed elusione), ma tali regimi alterano la compartecipazione del soggetto alla spesa pubblica, senza però intaccare l'impianto progressivo del sistema tributario italiano, e il principio di capacità contributiva di cui all'art. 53 Cost. Questo rappresenta un'ulteriore tesi a sfavore dell'approccio intrapreso in quel periodo dalla giurisprudenza con le tre sentenze del 2008 in cui veniva combattuto l'abuso e l'elusione rimandando specificamente alla violazione di tali principi costituzionali: la presenza di regimi che riducono lo sforzo fiscale sostenuto dal soggetto passivo, giustificati da diverse ragioni, evidenzia come i principi costituzionali debbano essere considerati dei vincoli per la costruzione del

³² Corte di Cassazione, sez. trib., sentenza n. 30055 del 23 dicembre 2008, dep. 23 dicembre 2008; Corte di Cassazione, sez. trib., sentenza n. 30056 del 23 dicembre 2008, dep. 23 dicembre 2008; Corte di Cassazione, sez. trib., sentenza n. 30057 del 23 dicembre 2008, dep. 23 dicembre 2008;

³³ La disposizione recita: *“Non si considerano abusive, in ogni caso, le operazioni giustificate da valide ragioni extrafiscali, non marginali, anche di ordine organizzativo o gestionale, che rispondono a finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa ovvero dell'attività professionale del contribuente.”*

sistema tributario nazionale nel suo complesso e non uno strumento di lotta all'utilizzo distorto dello stesso.

Risultava quindi imperativo, a questo punto della storia legislativa dell'abuso del diritto tributario e dell'elusione, risolvere in maniera definitiva le problematiche precedentemente evidenziate, soprattutto alla luce del fatto che alcune critiche non sono state esposte ex novo dopo l'entrata in vigore dell'articolo 37bis, bensì risultavano già presenti all'interno dell'abrogato art. 10 della legge 408/1990. Il percorso normativo doveva evolversi in una disciplina tale da definire in maniera chiara, generale e non strettamente settoriale, applicabile a operazioni inerenti alle più diverse tipologie d'imposta, cosa s'intenda per abuso del diritto tributario ed elusione, quali sono i suoi elementi costitutivi. Il traguardo del percorso è stato l'introduzione dell'art. 10bis della legge n. 212/2000, lo "Statuto dei diritti del contribuente". La necessità di una clausola generale è anche dovuta dal fatto che *"avendo la Corte estratto dall'art. 53 della Costituzione un "principio generale antiabusivo", la scelta di soluzioni parziali avrebbe inevitabilmente esposto la nuova normativa al rischio di uno scavalcamento, laddove, per situazioni lasciate scoperte da quest'ultima, la Corte avesse perseverato nel servirsi del principio, perpetuando, in evidente contrasto con gli obiettivi perseguiti, il dualismo tra aree soggette ad una clausola di fonte legislativa ed aree soggette ad una clausola di fonte giurisprudenziale"*³⁴. La necessità di una clausola generale antiabuso è emersa anche alla luce delle raccomandazioni dell'Unione Europea³⁵, in cui viene definito il fenomeno come *"Una costruzione di puro artificio o una serie artificiosa di costruzioni che sia stata posta in essere essenzialmente allo scopo di eludere l'imposizione e che comporti un vantaggio fiscale"*³⁶. È importante, tuttavia, distinguere tra la simulazione e la condotta abusiva: mentre con la condotta abusiva l'elusore vuole l'effetto prodotto dall'operazione al fine di ottenere un vantaggio fiscale, con la simulazione non vuole gli effetti del contratto simulato, si tratta infatti di una "finzione". Le due nozioni non devono essere confuse ai fini dell'elaborato: mentre la norma introdotta con lo Statuto dei Diritti del Contribuente mira a combattere l'elusione e l'abuso del diritto, la simulazione nei contratti giuridici è un fenomeno su cui viene applicata la normativa civilistica³⁷. Il

³⁴ Zizzo G., *La clausola generale antiabuso, tra certezza del diritto ed equità del prelievo*, Pisa, 2022, concetto concorde espresso anche da V.Velluzzi, *Abuso del diritto ed interpretazione giuridica. Alcune questioni ed una proposta*, in *Rivista di diritto tributario*, 2019, 499.

³⁵ Raccomandazione della Commissione Europea n. 2012/772/UE.

³⁶ Raccomandazione della Commissione Europea n. 2012/772/UE.

³⁷ Art. 1414 e ss. Codice civile.

disposto comunitario è diverso dall'impostazione precedente dell'art. 37bis, e pertanto risolvere i singoli problemi modificando l'articolo e collocandolo all'interno dello statuto non è stata una via ritenuta efficace dal legislatore.

L'operazione o l'insieme di operazioni poste in essere dovevano presentare anche un carattere, quello della preordinazione, in quanto a condotte prive di tale carattere difficilmente sarebbe attribuibile natura abusiva. Tale requisito era necessario anche nella previsione dell'articolo 37bis³⁸, ma si concorda nella posizione in cui *“Non vi è ragione per ritenere che questa impostazione debba essere abbandonata con riferimento al collegamento operante agli effetti dell'art. 10-bis”*³⁹. La preordinazione era anche stata resa nota dall'Agenzia delle Entrate⁴⁰ in numerose risoluzioni, soprattutto vertenti i casi di scissione per cui i beni venivano scissi e accolti da una beneficiaria neocostituita, sostituendo la plusvalenza da beni con la plusvalenza da partecipazioni, usufruendo di un diverso regime fiscale.

Il primo comma dell'articolo 10bis definisce quale sia la fattispecie che configura abuso del diritto, nonché anche i tre elementi qualificanti: l'assenza di sostanza economica, i vantaggi fiscali indebiti e, ovviamente, il risparmio d'imposta. Rispetto al precedente articolo 37bis, il nuovo testo denota una maggiore generalità lessicale: le “valide ragioni economiche” sono sostituite dalla “sostanza economica”, ma più rilevante è la maggiore ampiezza che i termini “vantaggi fiscali”, rispetto alla specificità dell'art. 37bis.

Sempre il comma 1 dell'art. 10bis riprende senza particolari modifiche le modalità con cui l'Amministrazione finanziaria disconosce i vantaggi fiscali e parametrizza la tassazione sulla base della normativa elusa: tuttavia, il nuovo articolo si spinge ulteriormente avanti, sancendo chiaramente che l'Amministrazione finanziaria nel calcolo di quanto dovuto deve necessariamente considerare ciò che il contribuente abbia versato all'erario nello svolgimento dell'operazione abusiva o elusiva, nel caso in cui abbia effettivamente pagato delle somme.

Il comma 2 dell'articolo 10bis procede ad alcune chiarificazioni, alla lettera a) sulla sostanza economica, ad esempio la mancanza di un legame tra gli strumenti giuridici

³⁸ Come ricorda R. Lupi, in *Elusione e legittimo risparmio d'imposta nella nuova normativa*, in *Rassegna tributaria*, 1997, 1106.

³⁹ Zizzo G., *La clausola generale antiabuso, tra certezza del diritto ed equità del prelievo*, Pisa, 2022

⁴⁰ Risoluzione Agenzia delle Entrate del 3 novembre 2000, n. 166; Risoluzione Agenzia delle Entrate del 23 marzo 2001, n. 33; Risoluzione Agenzia delle Entrate del 14 novembre 2001, n. 183

utilizzati e le “normali logiche di mercato”. L’inserimento di questo collegamento è importante: rispetto a tutti i suoi precedenti, l’art. 10bis impone di confrontare lo schema di operazioni con la realtà economica, con tale sforzo che ricade sia sulle corti di giustizia tributarie, sia sull’amministrazione finanziaria nelle valutazioni nel qualificare una condotta come abusiva o meno. Inoltre, l’inserimento del riferimento alle logiche di mercato, che ovviamente dovrà essere valutato caso per caso, permette un naturale auto adattamento della norma alle future evoluzioni della realtà economica. Tale opinione si scontra invece con la presa di posizione dell’Agenzia delle Entrate⁴¹ e con la relazione illustrativa al d.lgs. 128/2015, secondo cui l’operazione che produce essenzialmente vantaggi fiscali rappresenta un fattore definitorio dell’elemento dell’assenza di sostanza economica, richiamando l’operazione all’alveo della norma antiabuso: ma tale indicazione è di dubbia approvazione perché è necessario che dall’operazione ne derivino vantaggi fiscali indebiti: se viene meno tale carattere, cade anche la possibilità di ricondurre l’operazione all’art. 10bis.

Sempre al comma 2 il legislatore ha spiegato cosa intende con la disposizione del comma precedente per quanto concerne i vantaggi fiscali illeciti: in maniera generale viene fatto riferimento ai “benefici”, includendovi anche quelli ottenuti nei periodi d’imposta posteriori a quello di messa in atto dell’operazione elusiva. Questi vantaggi sono considerati illeciti in quanto ottenuti contro la ratio delle norme tributarie, ma anche contro i principi dell’ordinamento tributario. In questo caso, viene specificamente creato un collegamento tra la norma antiabuso e i principi generali presenti nella Costituzione. È ovvio che l’ottenimento di un beneficio fiscale sia condizione necessaria al fine dell’applicazione di qualsiasi disciplina antiabuso, ivi incluso l’articolo in esame, considerazione comprovata anche dall’Agenzia delle Entrate⁴² e dalla Cassazione, ma al fine di valutare il vantaggio fiscale è necessario trovare la condotta ex lege, che andrà confrontata con la condotta abusiva: la prima sarà necessariamente più onerosa, altrimenti verrebbe meno la necessità del ricorso alla disciplina in esame, e dovrà però provocare le medesime conseguenze extrafiscali per il contribuente. Una condotta così trovata sarà poi

⁴¹ Risoluzione Agenzia delle Entrate del 17 ottobre 2016, n. 93/E; Risoluzione Agenzia delle Entrate del 3 novembre 2016, n. 101/E; Risoluzione Agenzia delle Entrate del 25 luglio 2017, n. 97/E; Risoluzione Agenzia delle Entrate del 26 luglio 2017, n. 98/E; Risoluzione Agenzia delle Entrate del 27 luglio 2017, n. 101/E.

⁴² Agenzia delle Entrate risposta ad interpello del 20 maggio 2019 n. 148; Agenzia delle Entrate risposta ad interpello del 15 novembre 2018, n. 70; Circolare Assonime n. 2188 del 04 agosto 2016.

confrontata con quella abusiva, determinando il maggior carico fiscale eluso. La Cassazione ha infatti evidenziato che *“il disconoscimento delle operazioni definite abusive comporta l’applicazione del regime fiscale proprio delle operazioni “non abusive” che avrebbero consentito di raggiungere lo stesso risultato economico.”*⁴³

L’Agenzia delle Entrate ritiene che mancherebbe di sostanza economica le operazioni *“che si sviluppano in sequenze di negozi giuridici che, pur determinando una modifica degli assetti economici, sono caratterizzate da “incoerenza” giuridica, in quanto declinate attraverso l’adozione di forme diverse ed indirette rispetto a quelle di altri negozi che avrebbero consentito, in maniera diretta, la soddisfazione del medesimo interesse extrafiscale”*⁴⁴ o ancora *“un numero superfluo di negozi giuridici, il cui perfezionamento non è coerente con le normali logiche antieconomiche[...]*⁴⁵.

Il comma 3 dell’articolo 10bis, e il successivo comma 4, procedono invece ad elencare due casi di esclusione dall’alveo dell’abuso o dell’elusione: il comma 3 prevede un’esclusione tout court per le operazioni che hanno un determinato scopo all’infuori della sfera fiscale, purché non sia marginale, per migliorare l’impresa o la sfera professionale del contribuente. Il legislatore quindi, concede, senza ricondurle a casi di abuso, le operazioni che permettono un miglioramento della gestione d’impresa anche nei casi in cui da questa operazione possa derivarne un beneficio a livello fiscale, purché tale scopo non sia “marginale”: con questa locuzione si crea, tuttavia, una possibile incertezza in termini interpretativi. Non è ben chiaro sulla base di quale valore, caratteristica, venga valutata la marginalità; inoltre, il significato attribuibile alla parola può divergere da uno all’altro interprete. La marginalità può essere considerata come un beneficio non irrilevante, oppure ancora non trascurabile: è opinione di chi scrive, che l’interpretazione maggiormente aderente alla ratio della norma debba essere quella in cui i vantaggi extra-fiscali siano presenti in misura sufficiente a far sì che l’operazione non produca solo ed esclusivamente vantaggi fiscali. L’altro aggettivo riferito alle ragioni extrafiscali presente nel comma 3 è “valide”: la validità è presente nel caso in cui *“l’operazione non sarebbe stata posta in essere in loro assenza”*⁴⁶.

⁴³ Corte di Cassazione, sez. trib., sentenza n. 6415 del 19 marzo 2014, dep. 19 marzo 2014. Altre sentenze che mantengono tale posizione sono: Corte di Cassazione, sez. trib., sentenza n. 21390 del 30 novembre 2011, Corte di Cassazione, sez. trib., sentenza n. 4604 del 26 febbraio 2014;

⁴⁴ Agenzia delle Entrate risposta ad interpello del 7 novembre 2019, n. 469, con riferimento alla circolare Guardia di Finanza n. 1/2018, vol. III, cap.9, par. 4

⁴⁵ Agenzia delle Entrate risposta ad interpello del 5 agosto 2020, n. 242

⁴⁶ Relazione al d.l. 128/2015, pag. 7

In ogni caso, la marginalità dovrà essere valutata dagli attori caso per caso, data la numerosità delle operazioni di questo tipo e le specifiche peculiarità dell'operazione stessa e dei soggetti che ne prendono parte.

Il comma 4 procede con un'esclusione, se vogliamo scontata, ma che non era presente in nessuna precedente norma antiabuso e che rappresentava una critica sollevata agli stessi. Il legislatore permette al contribuente di scegliere un altro regime fiscale che la legge gli mette a disposizione e tra operazioni che comportano un diverso grado di carico fiscale⁴⁷. Non è un aspetto di scarsa rilevanza: mentre il precedente articolo 37bis nulla veniva scritto a tal proposito, adesso il legislatore ha chiarito questo aspetto⁴⁸. Infatti, il legislatore può utilizzare la politica fiscale per indirizzare gli operatori economici verso questa o quella direzione, può ancora utilizzare la leva fiscale per favorire determinate operazioni: in tutti questi casi, il minimo comune denominatore per il funzionamento dell'incentivo è un risparmio d'imposta. Tale è però lecito, in quanto permesso dal legislatore stesso e la concessione di tale opportunità implica la possibilità di scelta per il contribuente del regime a lui più vantaggioso, senza dover incorrere in alcun modo nel rischio di abuso. Con il comma 4 il legislatore, di fatto, da formale riconoscimento alla libertà concessa al contribuente di scegliere l'operazione o il regime che permette di risparmiare sulle imposte. Il fatto che l'autore della norma utilizzi la formula "resta ferma", in luogo di altra locuzione, oltre che a fornire maggiore chiarezza interpretativa, è opinione di chi scrive che rappresenti il riconoscimento di una libertà che è sempre esistita per il soggetto, ma che ora è stata inserita per iscritto. Ad ogni modo l'inapplicabilità della normativa antiabuso alla scelta del contribuente di un regime con carico fiscale inferiore non è priva di limiti: ebbene, si può configurare ugualmente abuso qualora la norma venga usata impropriamente⁴⁹, o ne venga fatto un uso distorto⁵⁰.

I commi da 6 a 8 dell'art. 10bis riprendono invece senza modifiche il dettato del vecchio art. 37bis: prima di notificare al contribuente l'atto con cui l'amministrazione finanziaria accerta l'abuso, devono essere richiesti dei chiarimenti al contribuente sulla base dei motivi per cui l'amministrazione ritiene configurabile abuso del diritto. Inoltre, sempre

⁴⁷ Art. 10bis, comma 4: "*Resta ferma la libertà di scelta del contribuente tra regimi opzionali diversi offerti dalla legge e tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale*".

⁴⁸ In tale senso: Circolare Agenzia delle Entrate 320/E del 19-12-1997; Risoluzione ministeriale n. 117E del 15-7-99; Corte di Cassazione Sentenza del 12-5-2011 n. 10383

⁴⁹ Corte di Cassazione, sez. trib., sentenza n. 10117 del 28 maggio 2020, dep. 28 maggio 2020.

⁵⁰ Corte di Cassazione, sez. trib., sentenza n. 30055 del 23 dicembre 2008, dep. 23 dicembre 2008; Corte di Cassazione, sez. trib., sentenza n. 30056 del 23 dicembre 2008, dep. 23 dicembre 2008; Corte di Cassazione, sez. trib., sentenza n. 30057 del 23 dicembre 2008, dep. 23 dicembre 2008;

seguendo il solco dell'art. 37bis l'atto impositivo deve essere motivato in relazione alla condotta e alle norme eluse, tenendo conto dei chiarimenti che il contribuente può aver fornito ai sensi del comma 6.

I commi da 9 a 12 dell'articolo in commento contengono disposizioni inerenti l'attività di accertamento dell'Amministrazione finanziaria: in modo particolare, il comma 9 prevede che ricada sull'Amministrazione stessa l'onere di provare che l'operazione o l'insieme di operazioni poste in essere dal contribuente siano riconducibili ad un abuso o ad attività elusive: ciò deve essere interpretato, a parere di chi scrive, come un chiarimento, in quanto è ovvio che avanzando una determinata pretesa, l'Amministrazione dovrà provare le ragioni fondanti la propria posizione in sede contenziosa, purché ovviamente, tale condotta abusiva non sia rilevabile d'ufficio, ad esempio in quanto va contro una delle norme specificamente previste dal legislatore in ottica antiabuso. Invece ricade sul contribuente provare la "non marginalità" di cui al comma 3, dovendo quindi produrre elementi probatori atti a convincere l'Amministrazione o l'autorità giudiziaria che la ratio dietro l'operazione intrapresa abbia condotto a non trascurabili vantaggi esulanti la sfera fiscale.

L'imposta iscritta a ruolo da parte dell'Agenzia delle Entrate deve essere calcolata, ai sensi del comma 1, sulla norma elusa: deve essere sia comprensiva di sanzioni ed interessi calcolati sulla base delle disposizioni di legge, ma deve considerare le imposte già pagate, assumendo che ce ne siano, dal contribuente in seguito nello svolgimento dell'operazione elusiva. Ecco allora che per il soggetto, la modalità di tassazione ultima è di tipo differenziale: non è possibile iscrivere a ruolo la somma di imposte calcolata sulla norma elusa e limitarsi a concedere il rimborso di quanto pagato in precedenza dall'elusore. Si tratta di una modalità di tassazione c.d. "differenziale" e ciò può essere giustificato dalla minore burocrazia e dalla maggiore rapidità dell'accertamento. Non avrebbe infatti senso obbligare l'eluso a proporre istanza di rimborso qualora l'effetto netto impositivo sia il medesimo. Nel caso siano coinvolti soggetti, che pur avendo pagato somme durante l'implementazione dell'operazione elusiva, non sono coinvolti dall'attività accertativa dell'Agenzia delle Entrate, per questi, e solo per questi, possono chiedere il rimborso di tali somme. Anche questo è pressoché scontato, data la necessità in qualche modo di restituire al soggetto le somme già pagate in precedenza, quando le maggiori imposte accertate vengano imputate ad altro soggetto.

Gli ultimi due commi dell'articolo 10bis specificano alcuni tratti in tema di accertamento e punibilità penale. Il comma 12 prevede che il dettato dell'articolo venga applicato nel

caso in cui la condotta abusiva del contribuente non possa essere contestata facendo riferimento ad altre, specifiche, disposizioni dell'ordinamento tributario: il risultato del comma 12 è rimarcare la generalità dell'articolo ed uno dei suoi principali caratteri: la residualità. Questo perché nel caso la condotta abusiva od elusiva sia posta in essere in violazione di altre norme con ratio antielusiva⁵¹ sarà sulla base di queste che tale condotta dovrà essere combattuta dall'amministrazione finanziaria, senza fare riferimento all'articolo 10bis.

L'articolo si chiude invece, marcando la non punibilità penale dei fatti relativi ad abuso del diritto tributario ed elusione fiscale: per tali operazioni resterà ferma la possibilità di applicare le sanzioni amministrative sulla base delle norme vigenti, ma non costituiscono in nessun caso violazioni punibili dal diritto penale tributario.

La legge delega⁵² ha previsto che le disposizioni di cui all'articolo 10bis comprese tra i commi 5 e 11 non possano trovare applicazione sui diritti doganali, per le violazioni dei quali trovano specifica applicazione norme ad hoc sia nazionali che comunitarie. Inoltre, sempre la legge delega, in tema l'entrata in vigore e l'applicabilità dell'articolo: sebbene nulla di rilevante è detto a proposito dell'entrata in vigore della norme, interessante è invece il fatto che l'applicabilità della nuova disciplina antiabuso sia relativa anche alle operazioni poste in essere precedentemente alla sua entrata in vigore, ma che non siano ancora state oggetto di attività di accertamento da parte dell'Agenzia delle Entrate attraverso la notifica dell'avviso di accertamento al contribuente.

Concludendo, la nuova disciplina dell'abuso del diritto ha risolto gran parte delle critiche fatte alla precedente normativa: si tratta di un passo in avanti sia per quanto riguarda la minore incertezza, sia per la generalità, sia per la sua collocazione normativa. Riprende i pregi dell'articolo 37bis, correggendone i principali difetti, oltre che a migliorarlo evitando la limitazione della sua applicazione⁵³.

⁵¹ Ad esempio: articolo 84, comma 3, c.d. "test di vitalità".

⁵² D.Lgs. 5 agosto 2015, n.128

⁵³ Il comma 3 dell'articolo 37bis limitava notevolmente l'applicazione alle operazioni straordinarie di fusione, scissione, trasformazione l'applicazione della normativa antiabuso, ma tale tratto è stato eliminato e non trova alcuna corrispondenza all'interno dell'articolo 10bis.

Capitolo II – Riporto delle perdite nei soggetti IRES.

2.1 Articolo 84 d.p.r. 917/1986.

Nel precedente capitolo si è già approfondito, in linea generale e ad ampio spettro, la disciplina del riporto delle perdite fiscali prevista dalla normativa fiscale italiana.

Precedentemente al regime di riporto delle perdite previsto attualmente dal Testo Unico, era presente un limite temporale al riporto: infatti, prima della riforma del D.L. 98/2011, la perdita era riportabile in avanti con un limite temporale fissato dal legislatore al quinto esercizio successivo. Tale modalità di riporto prestava il fianco a comportamenti non sempre “trasparenti”, finalizzati unicamente a “rinfrescare” la perdita, per non perdere la possibilità di utilizzarla in abbattimento ai redditi dei futuri periodi d’imposta. In altre parole, la presenza di un limite temporale all’utilizzo delle perdite “invogliava” i contribuenti a porre in essere, in prossimità della scadenza, operazioni prive di sottostanti motivazioni economiche finalizzate, principalmente, per non dire unicamente, al recupero della perdita fiscale. È il caso per esempio della cessione, infragruppo, di beni materiali plusvalenti da parte dell’entità giuridica in perdita fiscale a favore di altro soggetto del gruppo che presentava redditi imponibili. In tale ipotesi, la plusvalenza da cessione veniva compensata con la perdita fiscale e il soggetto acquirente dei beni materiali oggetto di cessione procedeva all’abbattimento del reddito imponibile attraverso la procedura di ammortamento.

Con la citata riforma del 2011 viene meno il limite temporale al riporto, sostituito da un limite quantitativo, che è atto a preservare le esigenze di gettito, in quanto in realtà la perdita viene completamente utilizzata a riduzione dei futuri imponibili, sebbene con modalità tali da non azzerare mai il reddito di un esercizio, mantenendo un – anche se ridotto – imponibile da assoggettare a tassazione.

Propedeuticamente all’analisi in dettaglio della disciplina prevista per i soggetti passivi IRES⁵², è necessario ricordare il dettato legislativo dell’Articolo 84, il quale prevede:

⁵² Art. 73 d.p.r. 917/1986, comma 1: *Sono soggetti all'imposta sul reddito delle società:*
a) *le società per azioni e in accomandita per azioni, le società a responsabilità limitata, le società cooperative e le società di mutua assicurazione, nonché le società europee di cui al regolamento (CE) n. 2157/2001 e le società cooperative europee di cui al regolamento (CE) n. 1435/2003 residenti nel territorio dello Stato;*
b) *gli enti pubblici e privati diversi dalle società, nonché i trust, residenti nel territorio dello Stato, che hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali;*

“1. La perdita di un periodo d'imposta, determinata con le stesse norme valevoli per la determinazione del reddito, può essere computata in diminuzione del reddito dei periodi d'imposta successivi in misura non superiore all'ottanta per cento del reddito imponibile di ciascuno di essi e per l'intero importo che trova capienza in tale ammontare. Per i soggetti che fruiscono di un regime di esenzione dell'utile la perdita è riportabile per l'ammontare che eccede l'utile che non ha concorso alla formazione del reddito negli esercizi precedenti. La perdita è diminuita dei proventi esenti dall'imposta diversi da quelli di cui all' articolo 87, per la parte del loro ammontare che eccede i componenti negativi non dedotti ai sensi dell'articolo 109, comma 5. Detta differenza potrà tuttavia essere computata in diminuzione del reddito complessivo in misura tale che l'imposta corrispondente al reddito imponibile risulti compensata da eventuali crediti di imposta, ritenute alla fonte a titolo di acconto, versamenti in acconto, e dalle eccedenze di cui all'articolo 80.

2. Le perdite realizzate nei primi tre periodi d'imposta dalla data di costituzione possono, con le modalità previste al comma 1, essere computate in diminuzione del reddito complessivo dei periodi d'imposta successivi entro il limite del reddito imponibile di ciascuno di essi e per l'intero importo che trova capienza nel reddito imponibile di ciascuno di essi a condizione che si riferiscano ad una nuova attività produttiva.

3. Le disposizioni del comma 1 non si applicano nel caso in cui la maggioranza delle partecipazioni aventi diritto di 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'articolo 96, relativamente agli interessi indeducibili, nonché a quelle di cui all'articolo 1, comma 4, del decreto-legge 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:

c) gli enti pubblici e privati diversi dalle società, i trust che non hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciale nonché gli organismi di investimento collettivo del risparmio, residenti nel territorio dello Stato;

d) le società e gli enti di ogni tipo, compresi i trust, con o senza personalità giuridica, non residenti nel territorio dello Stato.

a) *Abrogato;*

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'articolo 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'articolo 11, comma 2, della legge 27 luglio 2000, n. 212, recante lo Statuto dei diritti del contribuente.*

La disposizione quindi, dopo aver definito le regole per il calcolo della perdita fiscale⁵³, permette un riporto quantitativamente limitato (non quindi, temporalmente) della stessa purché non viga un regime di esenzione dell'utile. Ad esempio, è il caso di una società cooperativa a mutualità prevalente, soggetti per i quali, alcune disposizioni fiscali escludono dall'imposizione sul reddito le quote di utile accantonate in ottica di rafforzamento patrimoniale. In presenza di tale condizione, o altra pari, è prevista un'ulteriore limitazione al riporto delle perdite: quest'ultimo è limitato all'ammontare di utile che eccede quello che ha concorso a formare il reddito dei precedenti. Ciò significa, esemplificando, che qualora negli esercizi precedenti il soggetto abbia conseguito un utile pari a 100, di cui 80 rappresentano reddito esente, la perdita sarà riportabile limitatamente alla differenza pari a 20. La perdita è poi ridotta della differenza tra l'ammontare dai proventi su cui non è prevista imposizione che non siano rappresentati da partecipazioni esenti di cui all'articolo 87, e i costi indeducibili previsti dall'articolo 109, comma 5. Tale somma potrà comunque costituire onere deducibile dal reddito imponibile. La ratio degli ultimi due periodi dell'articolo 84, comma 1, è quella di evitare di includere nel riporto (il cui risultato sarà quello di abbattere il reddito imponibile futuro) delle somme che non scontano tassazione. Uno dei principi cardine della disposizione, e in generale del sistema

⁵³ Tale aggiunta del legislatore può essere considerata superflua, ma utile a scopi chiarificativi, in quanto come il reddito rappresenta un'imponibile fiscale, lo stesso vale per la perdita; in aggiunta, una diversa modalità di calcolo tra reddito e perdita non consentirebbe, come spiegato al capitolo I, di ottemperare agli obblighi costituzionalmente previsti.

tributario nazionale, è quello per cui è possibile dedurre un componente negativo solo se è tassato l'equivalente componente positivo⁵⁴.

Il comma 2 del rubricato art. 84 del T.U.I.R. precisa poi che nel caso in cui il soggetto passivo IRES abbia prodotto una perdita entro il terzo periodo d'imposta dalla propria costituzione non esistono limitazioni al riporto, potendo quindi portarla avanti al 100% del futuro reddito imponibile e per l'intera capienza di tale reddito. In questo modo il legislatore tributario ha deciso di aiutare le c.d. "start up" permettendo loro di recuperare del tutto, o meglio, senza limitazioni le perdite accumulate durante i primi tre esercizi dalla costituzione. È frequente, infatti, che tra il momento in cui l'impresa nasce e quello in cui raggiunge la profittabilità possano trascorrere alcuni anni: la durata infatti varia a seconda di diverse variabili, e in alcuni casi apposite scelte strategiche al fine, ad esempio, di acquisire quote di mercato, oppure semplicemente le spese di inizio attività unite a quelle ordinarie della gestione caratteristica non permettono di raggiungere l'utile. La norma sul riporto delle perdite delle "start up" quindi prevede un trattamento di favore, rispetto alla disciplina standard, e questo per deliberata scelta del legislatore al fine di aiutarle nello sviluppo e favorire il recupero della redditività, in quanto la perdita prodotta nei primi tre esercizi successivi alla costituzione verrà recuperata più velocemente rispetto al normale regime di riporto.

2.2 Norme antielusive: test di vitalità.

L'aspetto forse maggiormente rilevante del riferito art. 84 del T.U.I.R. è costituito dal comma 3, il quale riporta una misura antielusiva, volta a contrastare il fenomeno del commercio delle c.d. "bare fiscali"⁵⁵: si tratta di società che hanno una ridotta attività, che però detengono rilevanti perdite fiscali da riportare. Ebbene, l'interesse di un'altra società sana, quantomeno sotto il profilo reddituale, potrebbe essere quello di acquisire la società, o fondersi con essa, al fine di abbattere il proprio reddito con la perdita riportabile dalla bara fiscale. Il legislatore intende tale procedura come elusiva, e ciò è coerente con quelli che sono i cardini dell'elusione e dell'abuso del diritto precedentemente analizzati: difficilmente è presente sostanza economica, e altrettanto ardua è l'ipotesi che

⁵⁴ Ad esempio: in caso di minusvalenza su una partecipazione conforme ai requisiti di cui all'articolo 87 (Participation Exemption), non sarà deducibile in quanto la speculare plusvalenza non costituisce materia imponibile per il 95% dell'ammontare.

⁵⁵ Circolare Agenzia delle Entrate numero 320E, 1997.

un'operazione coinvolgente una "bara fiscale" venga effettuata con motivi diversi da quelli dell'utilizzo delle perdite fiscali che possiede. Tuttavia, il legislatore si è preoccupato di combattere l'elusione o l'abuso, non contrastare in toto l'operazione: infatti il trasferimento deve riguardare la maggioranza dei diritti di voto della società che produce la perdita, e la modifica dell'attività esercitata da quest'ultima⁵⁶. Per ampliare l'ambito applicativo di questa norma antielusiva, è previsto che la modifica dell'attività esercitata – la quale fa scattare l'applicazione della disposizione stessa – deve intervenire nel periodo d'imposta in cui avviene il trasferimento, o nei due anteriori o nei due successivi⁵⁷. Grazie all'"apertura applicativa" resa possibile con l'art. 10bis, è possibile, ad esempio riprendendo alcuni limiti dello schema antielusivo progettato dal legislatore all'art. 84 del Testo Unico, contrastare quell'operazione per cui il cambio dell'attività in fatto esercitata venga eseguito in un periodo diverso da quello previsto dall'art. 84, comma 3, ad esempio il terzo periodo d'imposta successivo al trasferimento. Tuttavia, sebbene ciò consenta di evitare l'applicabilità dell'articolo in questione, non è esente da contestazioni da parte dell'Amministrazione finanziaria: infatti, sebbene il cambio dell'attività esercitata venga fatto in un arco temporale non previsto dalla norma, nulla vieta all'Amministrazione di ricondurre tale condotta ad una abusiva secondo la generale disciplina antiabuso e antielusiva di cui alla legge n. 212/2000. Sarebbe infatti paradossale la non collocazione di un'operazione come sopra descritta all'interno della fattispecie antiabuso: se la ratio dell'art. 84, comma 3, è quella di evitare un'operazione elusiva, non è possibile che una semplice pianificazione temporale del cambio attività permetta l'inapplicabilità della disciplina. È opinione dello scrivente che qualora, nel caso di una siffatta operazione, l'Agenzia delle Entrate non la contrastasse attraverso lo Statuto del Contribuente, farebbe venir meno la ratio stessa dell'articolo 84, comma 3.

La disposizione estende la sua applicabilità, per evidenti medesime ragioni antiabuso, anche all'eccedenza di interessi passivi e al c.d. ACE.

⁵⁶ A proposito di tali condizioni, la Circolare Agenzia delle Entrate numero 320E del 1997 specifica la loro complementarità. Il documento esclude anche il riporto delle perdite nel caso in cui il trasferimento delle partecipazioni produca, per l'acquirente, l'effetto di assunzione del controllo della trasferente. L'esclusione vale anche nel caso in cui il trasferimento integri una partecipazione già posseduta, che permetta l'acquisizione il controllo della cedente.

⁵⁷ Nel caso in cui l'operazione di trasferimento venga effettuata nel periodo d'imposta 2023, la modifica dell'attività esercitata rende applicabile l'articolo 84, comma 3, primo periodo, se interviene nei periodi d'imposta compresi tra il 2021 e il 2025.

⁵⁸ Sul punto anche Circolare Assonime del 27 maggio 1998, n.42.

L'applicazione dell'articolo 84, comma 3, si ferma ad un'esimente⁵⁹: si tratta del c.d. *test di vitalità* della società che produce le perdite. Nel caso in cui venga dimostrato, attraverso il superamento di tutte le condizioni previste dal legislatore, la sussistenza dell'esimente, allora sarà possibile utilizzare la perdita in diminuzione dei redditi della società che ne ha acquisito le partecipazioni, anche nel caso in cui avvenga la modifica dell'attività esercitata. Il test di compone di tre step che mirano a valutare attraverso i parametri relativi ai ricavi e al personale, la vitalità della società riportante le perdite, escludendola quindi dall'essere una bara fiscale. In particolar modo, la media dei ricavi e proventi caratteristici e il costo del personale dipendente inclusivo di contributi sociali dell'esercizio precedente al trasferimento deve essere superiore al 40% della media degli stessi nei due anni antecedenti a quello precedente il trasferimento; inoltre, nei due anni precedenti a quello di trasferimento il numero di personale impiegato dalla società riportante le perdite non deve mai essere inferiore alle 10 unità. Al fine di valutare la quantità di personale, l'Agenzia delle Entrate ha chiarito che il limite minimo delle 10 unità non deve essere considerato una media, ma in ogni momento durante il biennio precedente il trasferimento il personale non deve mai essere stato inferiore a detta soglia⁶⁰. Nel caso in cui anche uno solo dei tre test non venga superato, l'unico modo per riportare la perdita è ricorrere all'art. 11 dello Statuto del Contribuente al fine di sottoporre all'Agenzia delle Entrate un'istanza per l'interpello disapplicativo.

Vale la pena precisare, nel contesto in trattazione, come la possibilità di riportare le perdite non interferisca con il ripianamento delle perdite civilistico⁶¹, pertanto, non è da confondere la dimensione fiscale da quella civilistica. Abbiamo visto nel precedente capitolo, infatti, come questi due binari siano correlati ma non identici: il riporto della perdita fiscale ottempera al principio di capacità contributiva, mentre il ripianamento delle perdite è l'operazione contabile e civilistica con cui l'organo amministrativo del soggetto passivo IRES appiana il risultato negativo del bilancio.

⁵⁹ Attraverso la Circolare Agenzia delle Entrate, 320/E, 1997 viene inclusa, come causa di esclusione dal divieto di riporto delle perdite, anche il caso in cui *“le partecipazioni siano acquistate da società appartenenti allo stesso gruppo”*;

⁶⁰ Circolare Agenzia delle Entrate, 320/E, 1997.

⁶¹ Cit. Odoardi F., Commento all'art. 84, in Falsitta G. – Fantozzi A. - Marongiu G. - Moschetti F., Commentario breve alle leggi tributarie – Tomo III: TUIR e leggi complementari, a cura di Fantozzi A., Padova, 2010, p. 416.

2.3 Rapporto tra riporto delle perdite e normativa antiabuso del diritto.

La limitazione al riporto prevista dall'art. 84, comma 3, del d.p.r. 917/1986 rappresenta uno dei casi in cui la normativa tributaria, in autonomia, ha uno scopo antielusivo e permette quindi – in caso di violazione – di non ricorrere alla disciplina generale di cui all'art. 10bis della legge n. 212/2000. Sebbene il comma citato non si presti a particolari difficoltà interpretative, esistono dei casi in cui la sua applicazione venga posta in dubbio avvicinandosi molto al campo di applicazione del residuale art. 10bis. Le principali problematiche vertono in alcuni casi sul trasferimento delle partecipazioni, ma anche sulla modifica dell'attività in fatto esercitata.

2.3.1. Prassi e posizione dell'Agenzia delle Entrate.

È il caso, ad esempio, della risposta n. 367 del 6 settembre 2019. L'amministrazione finanziaria è stata chiamata a fornire una risposta in merito alla possibilità dell'acquirente di una società immobiliare di riportare le perdite che quest'ultima aveva conseguito. La società, in particolare, aveva via via dismesso i propri asset in vista della cessione ad un nuovo soggetto il quale avrebbe "rivitalizzato" la società mantenendola all'interno del medesimo settore d'attività. L'Agenzia risponde all'istante in senso ad esso sfavorevole, dato che la precedente attività immobiliare era di fatto conclusa. In merito a tale risposta, viene evidenziato che *"incidentalmente, l'Amministrazione finanziaria arriva logicamente a concludere che l'eventuale passaggio delle partecipazioni e della modifica dell'attività nei termini sopra rappresentati non concretizza alcuna fattispecie suscettibile di essere identificata come abuso del diritto in quanto, evidentemente, i potenziali vantaggi fiscali ritraibili dall'operazione vengono sterilizzati in ragione della applicabilità della norma contenuta nel Testo Unico delle imposte sui redditi"*⁶². Infatti, il comma 12 dell'art. 10bis ne prevede un uso residuale rispetto alle singole norme antielusive previste dal Testo Unico: quindi rendendo applicabile il comma 3 dell'art. 84, l'operazione presentata dall'istante non rappresenta fattispecie abusiva. Tuttavia, la soluzione prospettata dall'Agenzia presenta alcuni aspetti che meritano approfondimento: in particolare, l'attività in questione è stata gradualmente ridotta nel corso degli anni in

⁶² Cit. Liburdi D., Sironi M., *Il divieto di riporto a nuovo delle perdite scatta anche in caso di riduzione dell'attività*, in *Il Fisco* 39/2019.

ottica di cessione delle partecipazioni, non è un'attività in perdita sistematica a causa di fattori esogeni bensì l'operazione di riduzione dell'attività è operazione propedeutica alla futura cessione. Oltre alla mancata considerazione "sistemica" della situazione della società che ha presentato la domanda all'Amministrazione, il secondo aspetto dubbio relativo alla posizione dell'Agenzia riguarda, appunto, la modifica dell'attività in fatto esercitata. Ebbene, mentre il testo dell'articolo 84, comma 3, usa la locuzione "e, inoltre, venga modificata l'attività" pare che la risposta n. 367 abbia interpretato l'articolo nel senso di un'opzione: infatti, l'attività che il nuovo socio andrà a svolgere è la medesima rispetto a quella della società che ha prodotto le perdite e quindi, il collegamento tra la riduzione dell'attività e la mancanza di continuità dell'attività svolta dal nuovo acquirente lascia perplessi. Di fatto, l'attività è la stessa il che porta a concludere che non sia possibile applicare la limitazione al riporto delle perdite prevista dall'articolo 84 per mancanza del requisito necessario e concorrente del cambio di attività, rendendo anche di fatto inutile i test di vitalità.

Ad ogni modo, è sempre possibile che l'operazione come descritta dall'istante possa venire inserita nel novero delle operazioni abusive, attingendo dal dettato dell'articolo 10bis, qualora lo schema posto in essere abbia generato un'operazione priva di sostanza economica, diversa dalle usuali regole di mercato, che ha avuto lo scopo di ottenere un vantaggio fiscale illecito. In questo caso però, sull'Agenzia ricade l'onere probatorio del carattere abusivo, mentre il contribuente dovrà dimostrare che l'operazione ha effettivamente una sostanza economica al di là dei vantaggi fiscali conseguiti.

Un altro esempio di prassi riguardo all'applicazione dell'articolo 84, comma 3, è rappresentato dalla risposta dell'Agenzia delle Entrate all'interpello n. 39 del 20 gennaio 2022, che vede l'istante facente parte di un gruppo d'impresе, e occupato nella gestione immobiliare. La società è stata oggetto di numerose operazioni straordinarie, volte a rendere possibile l'acquisizione del gruppo di cui fa parte. La domanda che viene posta all'Amministrazione finanziaria è volta a chiarire l'ambito applicativo dell'art. 84, comma 3 del T.U.I.R.: in particolare, l'interpretazione dell'istante è quella per cui la norma di cui all'articolo sopra citato non trovi applicazione dato che il cambio di controllo non è avvenuto in maniera diretta, bensì è andato modificandosi l'assetto proprietario ad un livello gerarchicamente superiore. Inoltre, l'attività che viene svolta è invariata, occupandosi comunque di gestione immobiliare di beni di proprietà. Nel sottoporre la questione all'Agenzia, l'istante comunica che nessuno dei test di vitalità previsti dal comma 3 è stato superato.

Ebbene, la risposta che viene data all'istante è piuttosto articolata. La prima posizione dell'Agenzia è quella a riguardo del quesito dell'applicabilità della limitazione al riporto delle perdite: l'esito è negativo per l'istante, in quanto non viene permesso il riporto in virtù del cambio di controllo, anche se ad un livello superiore, e anche per il cambiamento sostanziosi nella gestione immobiliare degli asset di proprietà. L'Agenzia prosegue, tuttavia, spingendosi al di là della semplice verifica tra la fattispecie descritta nell'interpello con la norma, in quanto riconosce che il mancato superamento dei test di vitalità è causato da ripetute operazioni di riorganizzazione e alle altre operazioni straordinarie che l'hanno coinvolta, notando anche la “non rivitalizzazione” della società in quanto l'attivo non è cambiato. Il che, conclude l'Agenzia, è sufficiente per il non verificarsi della “compensazione intersoggettiva” delle perdite, fenomeno contrastato dall'art. 84 del T.U.I.R.

Di fatto l'Agenzia “boccia ma concede” il riporto delle perdite all'istante basandosi su una valutazione dell'operazione nel suo complesso⁶³ e producendo un giudizio che esula dalla semplice verifica dei requisiti necessari per il riporto in avanti delle perdite. Infatti, una volta che si siano verificati il cambio di controllo, il cambio di attività e il mancato superamento del test di vitalità, l'Agenzia dovrebbe bloccare il riporto delle perdite all'istante. Data la ratio della norma che mira ad evitare un utilizzo elusivo delle perdite fiscali, limitandone l'uso ad uno legittimo - coerente con la necessità di ottemperare al principio di capacità contributiva - qualora l'operazione realizzata presenti i requisiti della limitazione di cui all'art. 84 del T.U.I.R., è automatico il divieto di riporto. Le valutazioni a cui si spinge l'Agenzia, come quella della mancata rivitalizzazione della società (sebbene ciò sia una valutazione coerente con la presa di posizione nell'interpello 379/2022 descritto in questo paragrafo), piuttosto che la motivazione relativa al mancato superamento dei test di vitalità, destano particolare perplessità in quanto una risposta come quella qui delineata nell'interpello n.39 del 20 gennaio 2022, in cui si innestano valutazioni “esterne” che vanno oltre il dettato letterale della norma, rischia di creare una sovrapposizione incorretta dei ruoli normativi. Mentre l'art. 84 rappresenta una norma di contrasto ad una specifica tipologia di operazioni, provata dal verificarsi degli elementi descritti (cambio attività, cambio di controllo e test di vitalità), l'approfondimento della regia di ciascun elemento (come, ad esempio, la motivazione per cui non sono stati

⁶³ L'istante nell'interpello non descrive accuratamente tutte le operazioni in cui il gruppo è stato coinvolto. Pertanto, la valutazione dell'Agenzia viene fatta sulla base di elementi incompleti e di un'immagine complessiva non del tutto chiara.

superati i test di cui all'esimente del comma 3, ultimo periodo, dell'art. 84 del T.U.I.R.) rientra nell'ambito applicativo dell'art. 10bis della legge n. 212/2000, richiedendo un maggiore approfondimento con elementi più chiari e meglio descritti rispetto a quelli proposti dall'istante al momento dell'interpello. Il fatto che l'Agenzia, nonostante il benessere al riporto delle perdite in quanto non c'è rivitalizzazione della società e quindi nemmeno compensazione intersoggettiva delle perdite, abbia inizialmente vietato il riporto facendo riferimento al cambio di controllo genera anche delle perplessità in merito a posizioni dottrinali secondo cui l'art. 84 vieta il riporto delle perdite solo in caso di acquisto o trasferimento di partecipazioni per via diretta⁶⁴, sebbene la norma nulla specifica in tal senso e, applicando la sua ratio, dovrebbe essere applicata in caso di acquisizione diretta o indiretta del controllo.

In conclusione, si ritiene corretta la posizione dottrinale per cui *“si condivide l'esito dell'esame condotto dall'Agenzia delle Entrate, ma non anche l'iter logico-giuridico”*⁶⁵. Un altro caso rilevante ai fini dell'analisi dell'art. 84, comma 3 del T.U.I.R. e delle sue applicazioni, è la risposta all'interpello n. 214 del 22 aprile 2022 in cui l'istante poneva all'Agenzia una domanda legata all'applicabilità delle disposizioni di cui all'articolo sopra citato qualora venga predisposto un contratto d'affitto d'azienda. In questo caso, l'istante si è posto il problema se il mancato esercizio in via diretta dell'attività (gestione di un parcheggio), piuttosto che l'affitto dell'attività possano essere considerati come una modifica all'attività di fatto esercitata, in quanto tale conseguenza, avrebbe un effetto impeditivo nel riporto delle posizioni fiscali soggettive. Ebbene, la ratio dell'art. 84, comma 3 del T.U.I.R., è quella di evitare il commercio di “bare fiscali” al fine di avviare compensazioni intersoggettive delle perdite fiscali riportabili: il problema evidenziato dall'istante, sebbene legittimo dato il tenore letterale della norma, nulla ha a che fare con i casi contrastati dall'art. 84 in parola. Infatti, l'attività che viene svolta resta la medesima, valorizzando economicamente il medesimo insieme di beni. Inoltre, il dettato dell'articolo non fa mai riferimento alla necessità di svolgere in via diretta l'attività, valorizzando piuttosto la modifica della stessa e la modifica del controllo. L'inquadramento giuridico dell'operazione di affitto d'azienda è dato dall'art. 1615⁶⁶ del Codice civile, il quale fa

⁶⁴ M. Leo, *Le imposte sui redditi nel Testo Unico*, Tomo II, Milano, 2018.

⁶⁵ Tancredi M., Angelucci S., *Riporto delle perdite: si applica la norma fiscale oppure il contribuente è sempre a rischio abuso?*, in *Il Fisco*, 9/2022.

⁶⁶ Il dispositivo recita: *“Quando la locazione ha per oggetto il godimento di una cosa produttiva, mobile o immobile, l'affittuario deve curarne la gestione in conformità della*

riferimento alla cura della gestione, non ad un cambio di controllo inteso come modifica dell'assetto proprietario (in via diretta o indiretta) dell'impresa. Infatti, *“l'affitto d'azienda rappresenta lo strumento attraverso il quale un soggetto (locatore o concedente) trasferisce un complesso organizzato di beni a un nuovo soggetto economico”*⁶⁷ valorizzando due caratteristiche del contratto: la temporaneità e il canone periodico. Attraverso l'affitto d'azienda, la destinazione d'uso della stessa resta la medesima e l'affittuario ottiene i frutti della gestione, non anche la proprietà dell'impresa né tantomeno è ottenuto l'effetto di compensare le perdite o, nel caso di specie, le posizioni fiscali con un soggetto diverso da quello che le ha generate.

Ad ulteriore validazione della suddetta interpretazione, è necessario ricordare che l'operazione d'affitto d'azienda ha ad oggetto, appunto, l'azienda (da considerarsi un complesso di beni organizzati al fine d'impresa): l'art. 84 fa specificamente riferimento al trasferimento o all'acquisizione di partecipazioni che danno il diritto al voto in assemblea ordinaria.

È da tenere in considerazione, generalizzando l'analisi dell'operazione descritta nell'interpello, che l'operazione d'affitto d'azienda possa determinare problematiche di utilizzabilità delle perdite, e quindi rientrare nel campo di applicazione dell'art. 84 del T.U.I.R. solo laddove si verificano fenomeni “distorsivi”. È il caso, per richiamare quanto chiarito dall'Amministrazione finanziaria nell'interpello in osservazione, della fattispecie in cui l'affittuario aggiunga altri elementi patrimoniali “propri” che possano comportare una rivitalizzazione della società al punto da considerare mutata l'attività fino a quel momento esercitata dall'impresa. Stando all'interpretazione descritta anche negli interpelli n. 367 del 6 settembre 2019, e anche con la risposta fornita all'interpello n. 39 del 20 gennaio 2022, si renderebbe applicabile l'art. 84, comma 3 del T.U.I.R., fermando il riporto delle perdite e delle posizioni soggettive ACE e di interessi passivi.

Un altro caso degno di approfondimento riguarda un interpello posto all'Agenzia delle Entrate da parte di una cooperativa, che gode di un parziale regime di esenzione dell'utile, la quale ha totalmente incorporato una società a responsabilità limitata. Il problema del caso riguarda il fatto che le perdite acquisite per effetto della fusione siano state prodotte senza alcun regime di esenzione da tassazione degli utili, mentre l'incorporante (l'istante) gode dell'esclusione dalla base imponibile IRES per un importo pari al 40% dell'utile.

destinazione economica della cosa e dell'interesse della produzione. A lui spettano i frutti e le altre utilità della cosa.”

⁶⁷ Mancin M., *Le operazioni straordinarie d'impresa*, Milano, 2020, p. 391.

Ebbene, la norma al comma 1 prevede che *“per i soggetti che fruiscono di un regime di esenzione dell’utile la perdita è riportabile per l’ammontare che eccede l’utile che non ha concorso alla formazione del reddito negli esercizi precedenti”* e nulla viene riferito in tema di distinzione tra perdite generate in capo alla società che gode di un regime di esenzione dell’utile (totale o parziale) e le perdite acquisite tramite fusioni o altre operazioni. La risposta che l’Agenzia fornisce alla cooperativa istante cita *“[...] debba essere preliminarmente verificata, in capo all’istante, la presenza di utili non tassati nei periodi d’imposta precedenti alla fusione. Peraltro, diversamente opinando, si produrrebbe l’effetto di sottrarre a tassazione materia imponibile in modo ingiustificato, a seguito dell’operazione di fusione, generalmente neutrale. [...] le perdite acquisite dall’istante per effetto della descritta fusione devono essere sterilizzate, fino a concorrenza dell’utile che non ha concorso alla formazione del reddito della medesima istante negli esercizi precedenti”*⁶⁸. La risposta dell’Agenzia è in senso negativo per l’istante, che quindi dovrà proseguire nel riporto in aderenza all’art. 84, comma 1, ignorando la diversa origine della perdita. È difficile ritenere possibile una diversa posizione, in quanto se tale diversa posizione (favorevole al contribuente) venisse validata dall’Agenzia, si porterebbe in abbattimento all’utile (in parte esentato dall’imposizione fiscale) una perdita fiscale ottenuta senza alcun regime di vantaggio, con il risultato – ingiusto – di abbattere l’utile, provocando una minore contribuzione dell’istante al gettito IRES.

Al riguardo, l’Agenzia delle Entrate ha fornito anche alcune delucidazioni sulla disciplina del riporto delle perdite nei casi di soggetti in regime di totale o parziale esenzione dell’utile⁶⁹. In particolare, i chiarimenti forniti dall’Amministrazione finanziaria permettono di comprendere meglio il regime del riporto in questi casi di limitazione della tassazione del reddito. In particolare, la norma dell’art. 84 del T.U.I.R. trova applicazione a partire dal periodo d’imposta 2007⁷⁰, data a partire dalla quale è necessario tenere nota dell’utile che non ha concorso a formare reddito per il contribuente, in quanto necessario per i calcoli della perdita riportabile. Con la Risoluzione n. 129/E dell’Agenzia delle Entrate del 13 dicembre 2010 viene precisato, sotto il profilo operativo, che *“nel modello di dichiarazione occorre indicare direttamente l’importo relativo alla perdita fiscale riportabile nei periodi d’imposta successivi”*, ma la quota di utili non concorrente al

⁶⁸ Risposta ad interpello Agenzia delle Entrate, n. 813 del 2021.

⁶⁹ Risoluzione n. 129/E Agenzia delle Entrate, 13 dicembre 2010.

⁷⁰ Articolo 1, comma 73, legge 27 dicembre 2006, n. 296.

reddito non trova rappresentazione nella dichiarazione in ogni caso il soggetto deve comunque “memorizzare” detto importo in un prospetto esterno alla dichiarazione.

Altra considerazione importante, contenuta nella risoluzione 129/E del 13 dicembre 2010 riguarda il destino della perdita assoggettata alla limitazione prevista dall’art. 84: ebbene, presumendo la presenza di utili precedenti e l’esistenza di una perdita riportabile, l’Agenzia rende noto che la perdita su cui procedere all’applicazione della limitazione è quella “di periodo”, in quanto la norma stabilisce “*un limite al riporto futuro della perdita di esercizio*”⁷¹ pertanto la perdita di periodo, una volta applicata la limitazione, non deve essere ulteriormente “limitata” nei periodi d’imposta successivi⁷².

⁷¹ Risoluzione n. 129/E Agenzia delle Entrate, 13 dicembre 2010.

⁷² Bisogna tenere presente che la risoluzione è datata 2010, periodo in cui era vigente il limite temporale per il riporto delle perdite, sostituito poi dal limite quantitativo.

Capitolo III – Il riporto delle perdite nelle operazioni di fusione.

3.1 Quadro introduttivo dell'operazione.

3.1.1. Le finalità e tipologie dell'operazione.

La genesi di un'operazione di fusione tra due o più aziende può essere dovuta ad una serie di fattori, tutti accomunati dal considerare l'unione una fonte di creazione di ulteriore valore rispetto alle singole entità separate. Sulla base dei soggetti che vi prendono parte si possono identificare alcuni tra gli obiettivi più importanti dell'operazione: qualora questa veda unirsi due società tra le quali non vigono rapporti di partecipazione o controllo, o anche qualora la partecipazione non consenta il controllo, si tratta di un'operazione volta alla crescita esterna generando una molteplicità di benefici, a patto che l'integrazione avvenga in maniera efficace ed efficiente: economie di scala, riduzione di costi (ad esempio, la governance delle società subirà un processo di razionalizzazione), acquisizione di quote di mercato, o entrata in nuovi mercati.

Qualora invece la fusione avvenga tra società che sono tra loro in un rapporto di controllante-controllata, o appartenenti ad un medesimo gruppo d'impresе, la finalità prima dell'operazione sarà quella di snellire la struttura del gruppo, intraprendendo una riorganizzazione interna, che molte volte rappresenta un "secondo passaggio" rispetto ad una preesistente operazione straordinaria, dato il grado di complessità derivante dall'integrazione delle società fuse, che va aumentando proporzionalmente alla grandezza delle società coinvolte.

La qualità principale, da un punto di vista strategico e aziendalistico, è quella della velocità nell'ottenere l'obiettivo: non c'è confronto tra la tempistica necessaria per portare a termine efficacemente una fusione, e quella necessaria per ottenere la stessa dimensione aziendale o gli stessi benefici per via interna. Come verrà successivamente evidenziato, e salvo i casi di Leverage Buy Out (d'ora in avanti anche "LBO"), l'operazione di fusione, diversamente da altre ipotesi, non richiede l'apertura di credito e la conseguente nascita di nuove passività nel bilancio: i soci della società fusa,

riceveranno in cambio azioni o quote nella società risultante dalla fusione⁷³ o dell'incorporante⁷⁴, non liquidità come, per esempio, nel caso della cessione.

3.1.2. Cenni giuridici.

Sotto il profilo operativo, l'operazione di fusione richiede una serie di adempimenti ai fini del rispetto della normativa prevista dal Codice civile⁷⁵. Quest'ultimo non prevede particolari casi di esclusione tra le società che possono partecipare ad una fusione, fatta salva l'eccezione prevista dall'art. 2502, secondo comma, per cui *“la partecipazione alla fusione non è consentita alle società in liquidazione che abbiano iniziato la distribuzione dell'attivo”*. Al fine di predisporre correttamente l'operazione e a consentire agli attori coinvolti un'adeguata normativa è necessario redigere alcuni documenti, quali:

- Progetto di fusione (art. 2501ter);
- Situazione patrimoniale delle società coinvolte (art. 2501quater);
- Relazione dell'organo amministrativo (art. 2501quinquies);
- Relazione degli esperti (art. 2501sexies);

La fase conclusiva dell'iter civilistico previsto per la fusione sarà costituita dalla redazione dell'atto di fusione, a cui seguiranno gli obblighi pubblicitari previsti dall'art. 2502bis del Codice civile.

Per quanto concerne il progetto di fusione, la cui redazione viene affidata all'organo amministrativo di ciascuna delle società coinvolte e il cui contenuto deve essere il medesimo, costituisce il documento alla base del quale l'assemblea sarà chiamata a pronunciarsi. La normativa civilistica prevede una serie di elementi che devono essere presenti nel progetto di fusione: le generalità delle società che partecipano all'operazione (ragione sociale o denominazione, sede, tipo), l'atto costitutivo della società risultante

⁷³ In questo caso si tratterà di una fusione c.d. “propria”: le società coinvolte vengono fuse in una, nuova, nata a seguito della fusione.

⁷⁴ In questo caso si tratterà di fusione c.d. “per incorporazione”: la società fusa cessa di esistere in quanto viene inglobata in un'altra preesistente.

⁷⁵ Art. 2501 e ss Codice civile.

dalla fusione⁷⁶, il rapporto di cambio e il conguaglio in denaro⁷⁷ (nel caso quest'ultimo sia previsto), le modalità di assegnazione delle azioni o quote alle compagini sociali delle "fuse", la data in cui dette quote partecipano all'utile, la data a decorrere dalla quale le operazioni delle società coinvolte vengono imputate all'incorporante o alla società risultante dalla fusione, il trattamento previsto per i detentori di titoli diversi dalle azioni o a categorie speciali di soci, eventuali vantaggi riservati ai soggetti su cui ricade il compito di amministrazione delle società partecipanti. Il progetto di fusione è poi sottoposto ad una disciplina pubblicistica, necessaria per informare i terzi e i soci relativamente alla tipologia di operazione che s'intende portare a compimento⁷⁸.

Al fine di ottemperare alla normativa civilistica preventivamente accennata, è necessaria anche la predisposizione della situazione patrimoniale delle società coinvolte: lo Stato Patrimoniale richiesto deve essere non più vecchio di 120 giorni dal giorno in cui è stato pubblicato il progetto di fusione nel sito internet della società, o dal deposito in sede. Nel caso in cui l'ordinario bilancio di esercizio venga chiuso entro questo termine, è possibile utilizzare tale documento anziché predisporre una nuova informativa; inoltre, nel caso in cui tutti i soci e i detentori di titoli che attribuiscono diritto di voto siano concordi, viene meno l'obbligo di presentazione della situazione patrimoniale.

Il terzo documento previsto è costituito dalla relazione dell'organo amministrativo: si tratta di un documento volto ad informare le ragioni economiche e giuridiche che stanno alla base dell'operazione: all'interno del documento sarà contenuta la descrizione delle modalità di calcolo del rapporto di cambio delle quote della società incorporante o risultante della fusione, nonché le problematiche sorte in sede di valutazione. La relazione dell'organo amministrativo viene predisposta dallo stesso al fine di informare ciascuno la propria compagine sociale, che verrà mossa da motivazioni magari diverse rispetto a

⁷⁶ Questo è il caso di una fusione propria, nel caso invece di una fusione per incorporazione dovrà essere presente l'atto costitutivo della società incorporante aggiornato delle modifiche in esso contenute a seguito della fusione.

⁷⁷ L'art. 2501ter, secondo comma, pone un limite al valore assunto dal conguaglio: non può superare il 10% del valore normale delle azioni o quote.

⁷⁸ Art. 2501ter, terzo e quarto comma: *"Il progetto di fusione è depositato per l'iscrizione nel registro delle imprese del luogo ove hanno sede le società partecipanti alla fusione. In alternativa al deposito presso il registro delle imprese il progetto di fusione è pubblicato nel sito Internet della società, con modalità atte a garantire la sicurezza del sito medesimo, l'autenticità dei documenti e la certezza della data di pubblicazione.*

Tra l'iscrizione o la pubblicazione nel sito Internet del progetto e la data fissata per la decisione in ordine alla fusione devono intercorrere almeno trenta giorni, salvo che i soci rinuncino al termine con consenso unanime."

quelle dei soci delle altre imprese coinvolte, si concorda quindi con la posizione per cui *“è ragionevole e addirittura appropriato che la relazione degli amministratori possa essere diversa per ciascuna impresa”*⁷⁹. Come nel caso della situazione patrimoniale, è possibile eludere l’obbligo di presentazione della redazione dell’organo amministrativo nel caso in cui, all’unanimità, i soci e i detentori di strumenti attribuenti diritto di voto ne siano concordi.

L’ultimo documento richiesto dal Codice civile ai fini della fusione è rappresentato dalla relazione dell’esperto, la quale ha un’importanza non secondaria dato il suo contenuto: l’esperto (o gli esperti) è infatti chiamato ad esprimersi sulla congruità nel rapporto di cambio calcolato dall’organo amministrativo. Il giudizio dell’esperto verte non solo sul risultato finale del valore di concambio, bensì sulle “fondamenta” alla base del quale esso è stato calcolato (il metodo).

La figura dell’esperto è scelta tra i professionisti iscritti presso l’albo dei revisori legali del Ministero dell’Economia e delle Finanze, oppure tra le società di revisione: la scelta della figura sarà devoluta al tribunale competente nel caso l’incorporante o la società risultante dalla fusione sia una società per azioni o società in accomandita per azioni, mentre sarà lasciata libertà di scelta nel caso di una società a responsabilità limitata⁸⁰. Nel caso in cui l’incorporante o risultante dalla fusione sia quotata nei mercati regolamentati, allora l’esperto rientrerà, obbligatoriamente, tra le società di revisione sottoposte a vigilanza della Commissione Nazionale per la Società e la Borsa.

Nel caso invece, in cui l’operazione coinvolga società di persone con società di capitali, allora gli esperti saranno chiamati, oltre all’ordinaria relazione sul rapporto di cambio, anche alla redazione della perizia di stima del capitale della società di persone. Secondo autorevole dottrina, ciò presuppone che *“almeno una delle società partecipanti sia una società di persone”*⁸¹ e che *“la società risultante dalla fusione, se di nuova costituzione, sia una società di capitali o, in caso di società preesistente, una società di capitali che deliberi un aumento di capitale a seguito della fusione stessa”*⁸² portando a concludere che non sia necessaria la relazione di stima qualora la società di capitali preesistente incorpori una società di persone integralmente posseduta.

⁷⁹ Mancin M., *Le operazioni straordinarie d’impresa*, Milano, 2020, p. 121.

⁸⁰ Art. 2409bis, Codice civile.

⁸¹ Consiglio Notarile di Milano, massima n. 27 del 2004.

⁸² Consiglio Notarile di Milano, massima n. 27 del 2004.

Sono presenti dei casi in cui la necessità della relazione dell'esperto venga meno: si tratta principalmente del caso in cui la compagine sociale voti a favore della delibera di fusione in maniera unanime. Sia la giurisprudenza⁸³, sia la dottrina⁸⁴ si erano espresse, con anticipo rispetto alla norma, in tal senso: l'art. 2501sexies⁸⁵, ottavo comma, prevede appunto l'esonero dalla redazione della relazione degli esperti nel caso di specie.

Il progetto di fusione, come riferito, deve sottostare ad adempimenti pubblicitari, in quanto deve essere pubblicato nel registro delle imprese del luogo in cui hanno sede le società partecipanti, oppure nel sito internet delle stesse. Il periodo compreso tra la pubblicazione del progetto e la delibera assembleare non deve essere inferiore a trenta giorni, ma anche in questo caso la norma civilistica prevede la possibilità di rinuncia nel caso di unanime volontà dei soci in tal senso. La ratio dei trenta giorni è quella di permettere ai soci di ottenere adeguata informativa sull'operazione che si intende portare ad approvazione assembleare, rendendo disponibili una serie di documenti previsti dall'art. 2501septies⁸⁶.

Il progetto di fusione verrà poi portato ad approvazione assembleare, seguendo i quorum deliberativi previsti per la forma giuridica dell'incorporante.

Il completamento dell'operazione è dato dalla stipula dell'atto di fusione⁸⁷, il quale deve assumere come forma perentoria quella di atto pubblico, il cui contenuto "segue" la delibera di approvazione del progetto di fusione. L'atto deve essere depositato e iscritto presso il registro delle imprese dei luoghi in cui è presente la sede di tutte le società coinvolte entro il termine di 30 giorni. L'art. 2504bis del Codice civile definisce chiaramente quale sia la data di efficacia della fusione medesima: è la data a decorrere dalla quale è stato eseguito l'ultima iscrizione dell'atto nel registro delle imprese. La norma concede inoltre la possibilità per le parti di posticipare la decorrenza degli effetti della fusione (postdatazione), salvo il caso di fusione propria, oppure di anticipare l'effetto della fusione ad una data anteriore rispetto a quella prevista dall'art. 2504bis: la

⁸³ Decreto del 12 gennaio 2001, Corte d'Appello del tribunale di Milano

⁸⁴ Consiglio notarile di Milano, Massima n. 3 del 6 febbraio 2001

⁸⁵ La norma cita: *"La relazione di cui al primo comma non è richiesta se vi rinunciano all'unanimità i soci e i possessori di altri strumenti finanziari che attribuiscono il diritto di voto di ciascuna società partecipante alla fusione"*.

⁸⁶ I documenti annoverati comprendono: progetto di fusione, relazione dell'organo amministrativo e degli esperti, i bilanci degli ultimi tre esercizi di tutte le società, e la situazione patrimoniale delle società ai sensi dell'art. 2501quater.

⁸⁷ Art. 2504 Codice civile.

retrodatazione è possibile sia nel caso di fusione propria, sia nel caso di fusione per incorporazione.

Il Codice civile ha previsto una serie di semplificazioni, dopo l'approvazione dell'art. 6 del D. Lgs. 17 gennaio 2003, n.366, per talune tipologie di operazioni di fusione: tuttavia, non si approfondiscono le singole fattispecie, in quanto non è lo scopo del presente elaborato.

3.1.3. Cenni contabili.

Si procede ora ad analizzare brevemente alcuni aspetti contabili legati all'operazione oggetto di trattazione, i quali avranno anche delle ripercussioni all'interno della dimensione fiscale: non trattandosi di un elaborato concernente l'operazione di fusione in senso lato, bensì lo specifico aspetto del riporto delle perdite fiscali e la correlata disciplina antiabuso è utile approfondire ciò che si intende con "retrodatazione"⁸⁸ e con le differenze da annullamento.

Nel paragrafo precedente si è chiarito come la normativa civilistica permetta di anticipare l'efficacia della fusione: la data in cui le azioni o quote dell'incorporante partecipino agli utili, e la data a partire dalla quale le operazioni delle partecipanti sono imputate nel bilancio dell'incorporante o della società risultante dalla fusione costituiscono i riferimenti entro cui è ammessa la retrodatazione⁸⁹. La ratio principale dell'opzione è quella di evitare determinati adempimenti fiscali e civilistici, quali redazione del bilancio e relative scritture contabili di assestamento e predisposizione della dichiarazione dei redditi, imputando l'interezza delle operazioni delle società partecipanti direttamente all'incorporante o risultante dalla fusione. È ovvio come il maggior beneficio ottenibile è dato dal collocamento della retrodatazione ad una data coincidente con l'inizio dell'esercizio. Il collegamento tra la normativa fiscale della fusione⁹⁰ e quella civilistica è che il Testo Unico delle Imposte sui Redditi ammetta retrodatazione al verificarsi di due condizioni: l'inserimento di tale clausola nell'atto di fusione, e che la decorrenza degli effetti fiscali non sia più anteriore rispetto alla data di chiusura dell'esercizio delle partecipanti.

⁸⁸ Infatti, è il Testo Unico delle Imposte sui Redditi a concedere, previa presenza di determinate condizioni, la possibilità di usufruire della retrodatazione.

⁸⁹ Tale elemento deve essere contenuto all'interno del progetto di fusione.

⁹⁰ Art. 172, del dpr 917/1986.

L'OIC 4 disciplina invece, il trattamento contabile della fusione nel caso in cui l'operazione venga portata a conclusione in un esercizio diverso da quello in cui ha avuto inizio: coerentemente con la disciplina poc'anzi citata, la retrodatazione sarà comunque ammessa purché non abbia data anteriore a quella di più recente chiusura dell'esercizio delle partecipanti⁹¹.

Per quanto concerne le differenze di annullamento, queste hanno origine a seguito della confusione dei patrimoni delle società coinvolte. Le differenze che vengono ad originarsi sono due: le differenze da concambio e da annullamento, ciascuna delle quali può avere segno positivo (disavanzo), o negativo (avanzo).

Le differenze da annullamento sono originate solamente nel caso in cui vi siano rapporti partecipativi tra le società coinvolte: è infatti il risultato tra il valore della partecipazione della partecipante, al netto del valore del patrimonio netto contabile dell'incorporata. A seconda del segno si otterrà un disavanzo (segno positivo, ovvero il valore della partecipazione è superiore alla corrispondente quota del patrimonio netto contabile della società fusa), o un avanzo (segno negativo). La destinazione contabile del disavanzo da annullamento, secondo la normativa nazionale, può essere l'aumento di valore dell'attivo contabile nel bilancio post-fusione (se inferiori al valore corrente, nei limiti del valore recuperabile), avviamento se ne sussistono le condizioni, o rilevazione di attività non presenti nei precedenti bilanci, riserva negativa di patrimonio netto post-fusione (nel caso il disavanzo sia originato da un eccessivo costo pagato, o in caso di previsione di future perdite).

Il trattamento contabile, a livello nazionale, dell'avanzo da annullamento prevede invece la rivalutazione del passivo o la svalutazione delle attività (se iscritte ad un valore maggiore rispetto al valore recuperabile). Se risulterà ancora parte dell'avanzo da imputare, ciò verrà inserito tra le riserve (nel caso si tratti della conclusione di un buon affare), o tra i fondi rischi e oneri (nel caso di previsioni di perdite future).

Nel caso dei principi contabili internazionali⁹², i quali prevedono il raffronto tra grandezze diverse per ottenere le differenze di fusione, nel caso l'importo sia di segno positivo andrà iscritto ad avviamento, mentre se negativo costituirà un ricavo.

⁹¹ A titolo esemplificativo: nel corso dell'ultimo trimestre dell'esercizio n due società iniziano la procedura diretta a fondersi tra loro; tuttavia, la fusione assume efficacia solo nell'esercizio $n+1$, e le parti hanno previsto la retrodatazione degli effetti contabili. Ebbene, in tal caso le due società dovranno chiudere il bilancio al termine dell'esercizio n , predisporre la dichiarazione dei redditi di ciascuna, con la retrodatazione che avverrà a partire dall'inizio dell'esercizio $n+1$.

⁹² Il cui riferimento è l'IFRS 3.

3.2. Cenni al trattamento fiscale dell'operazione, riporto delle perdite – Art. 172, settimo comma del Testo Unico.

Sebbene la trattazione dell'elaborato verta sul tema del riporto delle perdite fiscali e sulla disciplina antiabuso ad esso correlata, si ritiene possa essere utile, per comprendere l'impostazione che il legislatore tributario nazionale ha dato all'operazione di fusione, la breve analisi dell'art. 172 del Testo Unico.

L'operazione prevede la confusione dei patrimoni delle società coinvolte, e comporta l'unione delle stesse in un unico soggetto, che “incamera” i valori iscritti a bilancio delle società fuse, senza alcuna variazione. L'operazione pertanto non produce l'effetto di far emergere quella serie di plusvalori latenti, in quanto l'incorporante o la società risultante dall'operazione mantiene i costi fiscalmente riconosciuti dei beni che erano in carico alle società fuse. Tale ratio è quella che ha portato il legislatore a imporre la neutralità fiscale alla fusione: l'art. 172, primo comma, prevede infatti come essa non generi materia imponibile⁹³ e pertanto nulla sarà attratto a tassazione. Inoltre, unitamente al principio di neutralità fiscale si innesta quello dell'universalità, per cui *“la neutralità riguarda tutti i beni delle società fuse o incorporate e, quindi, sia quelli patrimoniali e strumentali, produttivi di plusvalenze e minusvalenze, che i beni merce produttivi di ricavi”*⁹⁴. La stessa sorte è stata prevista per le c.d. “differenze di fusione” analizzate nel paragrafo precedente: è infatti prevista dal comma secondo dell'art. 172 la non imponibilità di tali differenze, e ciò vale anche nel caso in cui queste vengano utilizzate per portare l'attivo ai valori correnti. Il motivo della coerenza della neutralità fiscale è dato dal fatto che la società incorporante o risultante dalla fusione assume i valori fiscalmente riconosciuti che quei beni avevano in capo alle società fuse: nel caso in cui l'interezza o parte delle differenze di fusione venga imputata (qualora ve ne siano le condizioni) a maggior valore dell'attivo, la differenza tra i valori fiscalmente riconosciuti e il maggior valore contabile generatosi verrà monitorata attraverso un prospetto della dichiarazione dei redditi (quadro “RV”), utile per una *“riconciliazione”*⁹⁵. Come sostenuto da autorevole dottrina⁹⁶, le

⁹³ L'articolo cita: *“la fusione tra più società non costituisce realizzo né distribuzione delle plusvalenze e minusvalenze dei beni delle società fuse o incorporate, comprese quelle relative alle rimanenze e il valore di avviamento.”*

⁹⁴ Marongiu G., Moschetti F., *Commentario breve alle leggi tributarie – Tomo III: TUIR e leggi complementari*, a cura di Fantozzi A., Padova, 2011, p. 862.

⁹⁵ Cit. Art. 172, comma secondo.

⁹⁶ Marongiu G., Moschetti F., *Commentario breve alle leggi tributarie – Tomo III: TUIR e leggi complementari*, a cura di Fantozzi A., Padova, 2011, p. 865.

differenze di fusione altro non sono che strumenti rettificativi contabili, che poco o nulla hanno a che fare con il trattamento fiscale dell'operazione. La normativa fiscale prevede comunque l'imponibilità fiscale del conguaglio in denaro, nel caso sia presente⁹⁷.

A proposito delle differenze da fusione, è prevista dall'art. 172, comma 10bis, la possibilità di affrancare i valori fiscalmente riconosciuti con quelli contabili rivalutati dall'allocazione del disavanzo: la norma rimanda direttamente, in quanto sono uguali tutti i fondamentali dell'imposta, all'art. 176 del Testo Unico che prevede (nel caso del conferimento d'azienda), di far corrispondere il valore fiscale e quello contabile dietro il pagamento di un'imposta sostitutiva e proporzionale, sulla base del valore della rivalutazione⁹⁸, beneficiando di una maggiore deducibilità degli ammortamenti, nonché un diverso ammontare della plusvalenza o minusvalenza in caso di alienazione.

Un aspetto meritevole di attenzione per la sua progettazione normativa, e per la sua complessità, è legato al trattamento delle riserve nel caso della fusione: le tipologie di riserve sono, di fatto, quelle libere e quelle in sospensione d'imposta. Tra le prime vi rientrano le riserve di utili e di capitale, che sono già state tassate e su cui non si è reso necessario approfondire il tema da parte del legislatore tributario. Diverso invece è il tema riguardante le riserve in sospensione d'imposta, le quali non hanno subito alcuna imposizione fiscale, sulle quali il legislatore è intervenuto all'art. 172, comma 5. Data la non imposizione fiscale di tali somme, per evitare il rischio che grazie all'operazione di fusione vengano sottratte a tassazione, il legislatore ha previsto la divisione di dette

⁹⁷ L'art. 172, terzo comma, rimanda all'applicazione dell'art 47, settimo comma, il quale prevede che le somme e/o il valore normale dei beni ricevuti dai soci in caso di recesso, liquidazione e altri casi sono considerati utile per la differenza tra tale ammontare e il prezzo pagato per l'acquisto. L'art. 172 fa riferimento anche all'art. 58 (redditi d'impresa), e all'art. 87 (regime della participation exemption) qualora ne ricorrano le condizioni.

⁹⁸ Art. 176, comma 2ter: *“In luogo dell'applicazione delle disposizioni dei commi 1, 2 e 2-bis, la società conferitaria può optare, nella dichiarazione dei redditi relativa all'esercizio nel corso del quale è stata posta in essere l'operazione o, al più tardi, in quella del periodo d'imposta successivo, per l'applicazione, in tutto o in parte, sui maggiori valori attribuiti in bilancio agli elementi dell'attivo costituenti immobilizzazioni materiali e immateriali relativi all'azienda ricevuta, di un'imposta sostitutiva dell'imposta sul reddito delle persone fisiche, dell'imposta sul reddito delle società e dell'imposta regionale sulle attività produttive, con aliquota del 12 per cento sulla parte dei maggiori valori ricompresi nel limite di 5 milioni di euro, del 14 per cento sulla parte dei maggiori valori che eccede 5 milioni di euro e fino a 10 milioni di euro e del 16 per cento sulla parte dei maggiori valori che eccede i 10 milioni di euro. I maggiori valori assoggettati a imposta sostitutiva si considerano riconosciuti ai fini dell'ammortamento a partire dal periodo d'imposta nel corso del quale è esercitata l'opzione; in caso di realizzo dei beni anteriormente al quarto periodo d'imposta successivo a quello dell'opzione, il costo fiscale è ridotto dei maggiori valori assoggettati a imposta sostitutiva e dell'eventuale maggior ammortamento dedotto e l'imposta sostitutiva versata è scomputata dall'imposta sui redditi ai sensi degli articoli 22 e 79”*.

riserve in due gruppi, per i quali ha previsto specifiche norme in tema di ricostituzione nel bilancio della risultante o della società sorta a seguito della fusione, modalità di ripristino e momento impositivo. Un gruppo sono le riserve in sospensione d'imposta tassabili in ogni caso⁹⁹: per queste è obbligatoria la ricostituzione nel bilancio post fusione, pena la tassazione delle stesse in capo alla società risultante o all'incorporante. Per questo gruppo quindi, il legislatore ha previsto che nel caso in cui le riserve vengano "fatte sparire" dal bilancio post fusione, poco cambi ai fini fiscali in quanto tassate per intero, eliminando qualsiasi spiraglio per evitarne l'imposizione. Il secondo gruppo¹⁰⁰ è costituito dalle riserve in sospensione d'imposta che subiscono tassazione nel caso in cui vengano distribuite: saranno ricostituite se esiste un avanzo, o se l'aumento di capitale sia in parte esuberante¹⁰¹. Nel caso in cui invece non sia disponibile l'avanzo o l'eccedenza di capitale, dato che la loro ricostituzione avviene utilizzando tali poste – per cui *“è come se i vincoli gravanti su dette riserve si trasferiscano sull'avanzo o sull'eccedenza di capitale sociale”*¹⁰² – dette riserve non si trasformeranno in imponibile fiscale in quanto indistribuibili per via della loro estinzione (o, per meglio dire, per la mancata ricostituzione).

Destano curiosità alcune posizioni di prassi, anche recenti, riguardo alla collocazione di alcune riserve all'interno del primo o del secondo gruppo: le perplessità sono sorte a seguito della posizione dell'Agenzia dell'Entrate emersa nella bozza di circolare sul regime della rivalutazione dei beni d'impresa e del riallineamento fiscale pubblicata il 23 novembre 2021, secondo la quale detta riserva doveva collocarsi all'interno del primo gruppo e non del secondo. Sebbene questa presa di posizione è stata oggetto di ravvedimento con la circolare ufficiale 6/E del 1° marzo 2022, ha generato non poche

⁹⁹ All'interno delle riserve del primo gruppo rientrano, ad esempio: il fondo di accantonamento di cui all'art. 55, ultimo comma, del D.P.R. n. 597, e la riserva di cui al comma 3, lettera b), dell'art. 55 del TUIR, nel testo previgente le modifiche recate dalla legge n. 449 del 27 dicembre 1997; il fondo di accantonamento di cui all'art. della legge n. 169 del 4 maggio 1983, riguardo agevolazioni fiscali allo sviluppo del mercato azionario.

¹⁰⁰ Tra le riserve del secondo gruppo si annoverano: la riserva di rivalutazione di cui all'art. 15, comma 18, del D.L. del 29 novembre 2008, n. 185; la riserva di rivalutazione di cui all'art. 1, commi da 140 a 147 della legge n. 147, del 27 dicembre 2013; la riserva di rivalutazione di cui all'art. 110, comma 7, del D.L. del 14 agosto 2020, n. 104.

¹⁰¹ È il caso di un aumento di capitale che ecceda il capitale delle società coinvolte nella fusione.

¹⁰² Falsitta, Fantozzi, Marongiu, Moschetti, *Commentario breve alle leggi tributarie, Tomo III: TUIR e leggi complementari*, p. 867, Cedam, 2011.

preoccupazioni, come evidenziato da autorevole dottrina¹⁰³, in quanto del tutto incoerente con la storia normativa dell'art. 172, comma 5, del Testo Unico¹⁰⁴.

3.2.1 Il riporto delle perdite fiscali nell'operazione di fusione, art. 172, settimo comma del Testo Unico.

Una volta accennato quale sia la procedura civilistica relativa all'operazione e fatto breve riferimento ai tratti contabili e fiscali, si procede con l'analisi della disciplina del riporto delle perdite nei casi di fusione, come descritta dal legislatore tributario all'art. 172, comma 7, del Testo Unico.

Si è già fatto riferimento alla disciplina del riporto delle perdite per i soggetti IRES (art. 84 del Testo Unico), volta a contrastare i fenomeni aggregativi di tali soggetti con c.d. “bare fiscali” per abbattere l'imponibile e ridurre la propria pressione fiscale. Le modalità di aggregazione tra imprese diffuse nella quotidianità del mercato vede anche la possibilità tra società redditizie ed in salute, e società in perdita sistematica che altro non hanno all'infuori di asset fiscali utili alle prime, di procedere con la fusione dei propri patrimoni ereditando così l'ammontare di perdite della “bara” (per completezza, l'art. 172, comma 7 del T.U.I.R, riguarda anche l'eccedenza di interessi passivi di cui all'art. 96 del Testo Unico e all'Aiuto alla Crescita Economia – ACE – di cui all'art. 1, comma 4, del D.L. 201 del 6 dicembre 2011).

Il legislatore tributario al fine di vietare l'abuso dell'istituto del riporto delle perdite, lo ha vincolato alla presenza di determinate condizioni: innanzitutto, l'articolo 172, comma 7 del T.U.I.R., fa riferimento alle perdite di tutte le società coinvolte nell'operazione, senza esclusione alcuna, quindi facendovi rientrare anche l'incorporante. Il primo limite, di tipo quantitativo, vincola l'ammontare del riporto all'ammontare del patrimonio netto della società che ha prodotto la perdita. Al fine di quantificare l'ammontare della perdita eventualmente riportabile, si deve prendere a riferimento l'ultimo bilancio della società oppure la situazione patrimoniale redatta in sede di progetto di fusione¹⁰⁵ ma solo se inferiore. Invero, per esplicita richiesta normativa è possibile utilizzare l'ultimo bilancio solo se avente data anteriore non superiore ai 120 giorni da quando si avvia il progetto di

¹⁰³ Leo M., *Le imposte sui redditi nel testo unico – Tomo II*, Milano, 2022, p. 3250.

¹⁰⁴ Secondo la relazione governativa allo schema del Testo Unico di prima emanazione, le riserve di rivalutazione sono tassabili nel momento di distribuzione.

¹⁰⁵ Art. 2501quater Codice civile.

fusione: ebbene, in tale arco di tempo il patrimonio netto potrebbe subire delle rettifiche in aumento o in diminuzione che potrebbero essere “eluse” senza la predisposizione della situazione patrimoniale come descritta dalla normativa civilistica. In particolare, l’importo del patrimonio netto dell’ultimo bilancio potrebbe essere diverso da quello della situazione patrimoniale redatta in un periodo successivo: ciò ha delle inevitabili ripercussioni sull’ammontare della perdita riportabile, e, a parere di chi scrive, può costituire una distorsione nell’applicazione dell’analizzato art. 172, comma 7.

A proposito della locuzione “ultimo anno” è intervenuta l’Agenzia delle Entrate con un apposito documento di prassi¹⁰⁶, attraverso il quale ha fornito un’interpretazione al termine secondo la quale il limite “patrimoniale” al riporto delle perdite mira a confrontare grandezze omogenee: le perdite fiscali esistenti in epoca ante fusione, e il contemporaneo ammontare di patrimonio netto esistente per la società che ha prodotto tali perdite. L’Amministrazione Finanziaria ha precisato che l’ultimo bilancio debba riferirsi all’*“ultimo esercizio chiuso prima della data di efficacia giuridica della fusione, ancorché non approvato a tale data. In particolare, nel caso di retrodatazione degli effetti fiscali (e contabili) della fusione all’inizio dell’esercizio, l’ultimo bilancio, in tal senso inteso, per la società che detiene le perdite è il bilancio relativo all’esercizio precedente a quello in cui la fusione è perfezionata giuridicamente.”*, senza distinguere alcuno tra l’ultimo bilancio da prendere in considerazione in caso di fusione con retrodatazione, oppure senza: in ogni caso si tratterà di considerare ai fini della valutazione delle perdite e del patrimonio netto l’ultimo bilancio della società in epoca ante fusione.

L’articolo di legge precisa che ai fini del calcolo del patrimonio netto non debbano essere presi in considerazione conferimenti o versamenti eseguiti negli ultimi 24 mesi dalla data della situazione di cui all’art. 2501quater del Codice civile, fatto salvo il caso in cui tali versamenti o conferimenti trovino origine in contributi erogati dallo Stato o da altri enti pubblici, a seguito di una precisa norma di legge. In tema di “ricostruzione” del patrimonio netto, si è espressa anche la giurisprudenza¹⁰⁷ aggiungendo al novero degli elementi patrimoniali da non considerare per il calcolo del patrimonio netto utile allo scopo oggetto di analisi quelli a titolo di ricostruzione del capitale sociale ai sensi della normativa civilistica dettata dall’art. 2447 del Codice civile; inoltre, autorevole dottrina

¹⁰⁶ Risoluzione Agenzia delle Entrate del 9 maggio 2011, n. 54/E.

¹⁰⁷ Corte di Cassazione, sez. tributaria, sentenza n. 26697 del 12 dicembre 2016.

annovera tra i versamenti o conferimenti da non prendere in considerazione anche quelli relativi ai beni immateriali, anche se accompagnati dalla relazione giurata dell'esperto¹⁰⁸. È opinione dello scrivente che è di dubbia condivisione l'inclusione dei versamenti di origine "pubblica", nonché la mancata inclusione degli elementi in grado di aumentare il patrimonio netto a seguito di precisa norma civilistica. Innanzitutto, l'effetto tra un conferimento o versamento "privato" o "pubblico" è il medesimo: finisce con aumentare la patrimonializzazione sociale, ampliando il quantum di perdite ammesse al riporto. Tuttavia, è molto frequente che l'origine del conferimento pubblico o versamento sia generalizzata, e quindi vi rientreranno tutte le imprese che rispetteranno i requisiti di legge, la quale può non prevedere un esame sulla vitalità e sulla situazione reddituale di detta società. In sintesi, lo stesso contributo patrimoniale può essere erogato a favore di un contribuente in vita, profittevole e allo stesso tempo alla società in perdita sistematica, in periodo di riduzione dell'attività. Risulta pertanto difficilmente apprezzabile non escludere i versamenti dovuti da legge dal calcolo del patrimonio netto ammesso ai fini del limite del riporto. Per quanto concerne invece i versamenti dovuti sulla base della normativa civilistica, si tratta di un preciso obbligo normativo pena la trasformazione o lo scioglimento della società. Non si tratta di una possibile "grey" area normativa passibile di generare abuso nel riporto delle perdite, semplicemente perché è un obbligo previsto dalla normativa civilistica per mantenere il contribuente nella stessa forma giuridica. Inoltre, ad ulteriore prova della tesi precedentemente esplicitata, il versamento ai sensi della normativa civilistica adempie ad un obbligo civilistico legato alla modalità di appianamento della perdita: si tratta quindi di un aspetto diverso rispetto a quello disciplinato dal Testo Unico e da non confondere con il riporto.

Un'altra condizione da rispettare al fine di riportare le perdite è il superamento di determinati vincoli in tema di ricavi (relativi alla gestione caratteristica, escludendo quindi qualsiasi altra categoria di proventi suscettibili di aumentare tali ricavi al livello minimo richiesto¹⁰⁹), i quali devono essere superiori al 40% della media dei suddetti ricavi dei due anni anteriori a quello precedente l'operazione, della stessa percentuale è richiesto il superamento anche per quanto concerne le spese del personale. Di fatto, il riporto delle perdite è delineato, salvo alcuni aspetti propri legati alla peculiarità dell'operazione, in maniera simile rispetto a ciò che l'art. 84, comma 3 del T.U.I.R., prevede per i soggetti

¹⁰⁸ Leo M., *Le imposte sui redditi nel testo unico – Tomo II*, Milano, 2022, p. 3259. L'autore fa riferimento specificamente a "marchi, brevetti, azienda" e altri.

¹⁰⁹ A titolo esemplificativo: plusvalenze, rivalutazioni patrimoniali.

IRES. A differenza del c.d. “test di vitalità” dell’art. 84, quello previsto nel caso di fusione non fa riferimento alcuno al valore assoluto di personale impiegato negli anni precedenti l’operazione¹¹⁰: è opinione di chi scrive che tale limite sia una mancanza difficilmente comprensibile. Dato l’intento del legislatore a valutare l’attività della società che riporta le perdite¹¹¹, la valutazione del numero di persone attive nel biennio precedente l’operazione sarebbe stata un valido contributo per delimitare ancor di più la vitalità della società stessa. In più, si crea un doppio binario tra i test da superare ai sensi dell’art. 84, comma 3 del T.U.I.R. e quelli previsti dall’art. 172, comma 7 del T.U.I.R.: a fronte dello stesso scopo (valutare se la società sia “viva” o meno) sono previsti limiti diversi, per i quali una società potrebbe risultare come “non attiva” nel caso in cui venisse valutata anche la quantità di personale, oltre che al solo costo. Per ultimo, l’operazione può coinvolgere soggetti i quali, qualora scegliessero la strada dell’acquisizione anziché la fusione, sarebbero sottoposti al regime al superamento dei test di vitalità previsti dall’art. 84, comma 3; pertanto la fusione potrebbe costituire un modo per aggirare la norma eliminando uno dei tre test.

Resta salva per il contribuente la possibilità di ricorrere ad interpello al fine di disapplicare i test di vitalità anche nel caso di fusione, come previsto dall’art. 172, comma 7. Infatti, non sempre la mancanza – ad esempio – di spese per il personale implica l’inattività o il depotenziamento della società che detiene le perdite, in quanto per natura dell’attività svolta¹¹², o per determinate strategie di business¹¹³, la società realizza lo scopo sociale senza l’avvalersi di personale.

L’art. 172, comma 7, terzo periodo norma un limite ulteriore al riporto delle perdite nel caso di fusione: la disposizione verte attorno al caso in cui azioni o quote della società che ha prodotto le perdite fossero possedute, in epoca anteriore all’operazione, dalla società incorporante o altra società che partecipa alla fusione. Pertanto, la possibile applicazione avviene sia nel caso di fusione per incorporazione tra società già controllate o collegate¹¹⁴, sia nel caso di fusione per unione in cui tra le società fuse esistono rapporti

¹¹⁰ Risoluzione del 29 dicembre 2002, n. 337/E, Agenzia delle Entrate.

¹¹¹ Tale ratio è anche rimarcata dall’Agenzia delle Entrate nel principio di diritto dell’Agenzia delle Entrate n.6 del 15 ottobre 2018.

¹¹² Risposta ad interpello del 13 febbraio 2019, n. 52, Agenzia delle Entrate; Risposta ad interpello del 6 marzo 2020, n. 88, Agenzia delle Entrate.

¹¹³ Risposta ad interpello del 3 aprile 2020, n. 101, Agenzia delle Entrate.

¹¹⁴ Per società controllata si intende una società in cui un’altra detiene della maggioranza dei voti presso l’assemblea, o voti sufficienti per esercitare un’influenza dominante, o esercita un’influenza dominante in virtù di vincoli contrattuali. Per società collegata si intende una società

partecipativi. Tale limitazione non permette di utilizzare la perdita in diminuzione del reddito fino a che non viene “esaurito” l’ammontare della svalutazione di tali azioni o quote dalla partecipante o comunque dalla cessionaria, la cui svalutazione ha già inciso sulla determinazione del reddito della stessa, in un periodo compreso tra l’esercizio a cui si riferisce la perdita e l’atto di fusione. A titolo di chiarificazione:

	Svalutazione della partecipazione	Perdita fiscale su cui applicare il limite	Perdita effettivamente utilizzabile in diminuzione
Caso A	1.000	1.000	0
Caso B	1.000	1.200	200
Caso C	1.000	800	0

Tabella 1 - Esempio di calcolo della perdita riportabile nei casi di applicazione dell'art. 172, comma 7, terzo periodo del Testo Unico.

La ratio normativa alla base dell’art. 172, comma 7, terzo periodo è quella di evitare la duplicazione di benefici fiscali¹¹⁵: infatti, se già la svalutazione della partecipazione ha ridotto il reddito negli esercizi ante fusione, sarebbe risultato un doppio beneficio fiscale se la società risultante dalla fusione avesse imputato le perdite della società che partecipa in diminuzione al proprio reddito. Tuttavia, accreditata dottrina, sostiene che il periodo in esame “reca una disciplina transitoria, tenuto conto che la riforma non attribuisce in nessun caso valenza fiscale alle svalutazioni e, come tale, sarebbe stato opportuno inserirla fuori dal T.U.I.R. Quindi, deve trattarsi di svalutazioni effettuate fino all’esercizio in corso al 31 dicembre 2003”¹¹⁶.

Un aspetto particolare legato al riporto delle perdite nelle operazioni di fusione meritevole di approfondimento riguarda il caso in cui società con un diverso limite di responsabilità (società di persone e società di capitali) si fondano sia nel caso di fusione per unione, sia attraverso l’incorporazione di una nell’altra. Da un punto di vista fiscale, le società coinvolte sottostanno a regimi di tassazione completamente differenti: la società di persone viene tassata “per trasparenza” secondo l’art. 5 del Testo Unico e sono soggetti

in cui un’altra detiene un’influenza notevole, presunta qualora si disponga di un quinto dei voti esercitabili in assemblea o un decimo (se quotata).

¹¹⁵ L’Agenzia delle Entrate avalla tale tesi con la circolare 6/E del 13 febbraio 2006.

¹¹⁶ Leo M., *Le imposte sui redditi nel testo unico – Tomo II*, Milano, 2022, p. 3265.

passivi IRPEF, mentre la società di capitali è soggetto passivo IRES. La caratteristica chiave della tassazione per trasparenza è la tassazione non tiene conto della distribuzione del reddito in quanto esso è imputato ai soci pro quota indipendentemente dalla effettiva disponibilità personale di quel reddito, lo stesso trattamento è riservato alle perdite. L'art. 172, comma 9 del T.U.I.R., prevede che in caso di retrodatazione gli effetti fiscali possano decorrere da una data non anteriore a quella di chiusura dell'ultimo esercizio delle società partecipanti o dell'incorporante se più prossima. Il comma 9 costituisce una deroga al comma 8 dello stesso articolo, per cui il reddito di ciascuna società partecipante è imputato a ciascuna di esse in aderenza alla normativa fiscale applicabile a ciascuna, fino alla data di efficacia civilistica della fusione. Ebbene, nel caso esemplificato poc'anzi, la fusione realizza, di fatto, anche gli effetti della trasformazione: questo perché l'incorporata cambia natura giuridica, assumendo quella dell'incorporante o risultante dalla fusione. Tale aspetto non è di secondaria importanza, in quanto rende inammissibile la retrodatazione degli effetti fiscali della fusione, in virtù delle diverse discipline fiscali delle società coinvolte: non sarà possibile imputare le operazioni all'incorporante (ad esempio, la società di capitali) relative all'incorporata in quanto quest'ultima è tassata per trasparenza (IRPEF), mentre l'altra è soggetto passivo IRES.

Tale tesi è avallata anche da sentenze dei giudici tributari¹¹⁷, che ha condiviso la posizione dell'Amministrazione finanziaria, la quale contestava la retrodatazione in un'operazione di fusione in cui una società a responsabilità limitata ha incorporato una società in nome collettivo, statuendo che *“nella fattispecie concreta, non vi è dubbio che l'incorporazione di una società di persone (cfr.: SNC) in una società di capitale (cfr.: srl), la prima, era tenuta a presentare le dichiarazioni fiscali per le imposte dirette ed I.R.A.P. per il periodo (ante fusione, ndr) ...dal momento che la retrodatazione comporta il consolidamento di posizioni riconducibili a soggetti diversi ed una loro equiparazione...per avere un effetto neutro, può avvenire, soltanto quando le norme tributarie ante fusione cui i soggetti dovevano attenersi, erano le stesse per entrambi”*.

Sempre a proposito dell'art. 172, comma 9, il Testo Unico prevede che i limiti elencati precedentemente si applichino anche al risultato negativo eventualmente conseguito nel corso dell'esercizio in cui si sviluppano gli effetti della fusione, in caso di retrodatazione. Ciò significa che, oltre ai test per verificare la vitalità della società che detiene le perdite, è necessario valutare anche il limite “patrimoniale”: il parametro da prendere a

¹¹⁷ Commissione tributaria di I grado di Trento con la sentenza n. 32.01.2019 del 20 marzo 2019.

riferimento resta sempre l'ultimo bilancio anche se sarà costituito da quello dell'esercizio precedente alla fusione sebbene il raffronto tra la perdita (generata in un periodo successivo) e il patrimonio netto non sarà temporaneamente coerente, come esplicitato dall'Agenzia delle Entrate¹¹⁸: *“In caso di retrodatazione, nessuna norma di legge prescrive la redazione di un bilancio di chiusura per le società incorporate o fuse alla data antecedente a quella di efficacia giuridica della fusione; per tale ragione è stato ritenuto che la locuzione “ultimo bilancio” contenuta nell’articolo 172, comma 7, primo periodo, intesa quale bilancio relativo all’ultimo esercizio chiuso prima della data di efficacia giuridica della fusione, identifica il bilancio relativo all’esercizio precedente a quello in cui la fusione è perfezionata giuridicamente”*.

3.3 Prassi e giurisprudenza sul riporto delle perdite e sul rapporto con la disciplina antiabuso nell'operazione di fusione.

Una volta esaminato il disegno normativo per il riporto delle perdite fiscali, i limiti previsti dal legislatore e la ratio legis degli stessi, si può intuire come un sistema chiaro ma complesso sia fiorifero di numerosi interventi di prassi e della giurisprudenza meritevoli di attenzione.

Come nel caso dell'art. 84, comma 3 del T.U.I.R., anche l'art. 172, comma 7 del T.U.I.R., costituisce un esempio di norma “specificata” a scopo antielusivo che trova applicazione in maniera automatica (con un'iniziale approssimazione) rispetto alla disciplina generale antiabuso prevista dall'art. 10bis, comma 12 dalla legge n. 212 del 2000 che, invece, trova applicazione solamente in via residuale.

Come in precedenza accennato, la disapplicazione dei limiti al riporto delle perdite può essere ottenuta, se ne sussistono le condizioni, attraverso la presentazione di un'istanza di interpello disapplicativo ai sensi dell'art. 11 dello Statuto dei diritti del Contribuente. In sostanza, le modalità per acquisire il diritto a utilizzare liberamente le perdite anche in mancanza dei requisiti patrimoniali e di vitalità vertono attorno alla dimostrazione che la società che ha prodotto le perdite sia effettivamente in vita, e che non abbia subito depotenziamenti o riduzioni d'attività che possano far presagire all'Amministrazione finanziaria l'esistenza di una “bara fiscale”. È importante sottolineare tale aspetto in quanto, secondo alcuna dottrina *“l'Amministrazione finanziaria, fino ad oggi, ha*

¹¹⁸ Risposta ad interpello n. 77 del 4 febbraio 2022.

valorizzato unicamente la circostanza che la non ascrivibilità delle società in esame nel novero delle c.d. bare fiscali potesse essere dimostrata diversamente, dando evidenza che il mancato superamento dei requisiti previsti dalla disposizione in parola fosse dovuto a fattori meramente contingenti e non ad un effettivo depotenziamento della società, ovvero che l'operazione, per le modalità con cui era stata strutturata, non comportasse la compensazione intersoggettiva delle eccedenze degli interessi passivi e delle perdite fiscali di una società"¹¹⁹. La stessa dottrina, tuttavia, aggiunge ai fini della disapplicazione del limite al riporto della perdita, un ulteriore requisito su cui è possibile immaginare dei dubbi circa la fattibilità pratica della verifica stessa. Tale dottrina ritiene che una volta che la società che abbia prodotto la perdita non abbia le qualità della bare fiscale, la disapplicazione dell'art. 172, comma 7 dovrebbe sopraggiungere all'esito negativo della possibile elusività dell'operazione stessa, al fine di "evitare che gli effetti elusivi [...] possano in concreto manifestarsi". È opinione di chi scrive che la valutazione che la società debba fare si limiti alla sola verifica dei requisiti di vitalità e di patrimonializzazione, non anche a giudizi di merito sull'elusività dell'operazione su cui si intende procedere: infatti, l'intervento della disciplina generale antiabuso resta di carattere, come già scritto, generale in quanto di primaria applicazione resta l'art. 172, comma 7. Inoltre, nel caso l'Amministrazione finanziaria avanzasse delle contestazioni in merito alla possibile elusività o alla presenza di abuso del diritto tributario, il contenzioso tra la stessa e il contribuente verterebbe attorno alla presenza o meno dei caratteri tipici dell'operazione abusiva (assenza di sostanza economica, vantaggi fiscali indebiti...) il cui giudizio spetta alla Corte di Giustizia Tributaria territorialmente competente: si evince quindi che nel caso in cui fosse avallata la tesi sopracitata, la fattibilità dell'operazione debba essere vincolata a dei giudizi di merito che non spettano a nessuno dei soggetti coinvolti nell'operazione, in quanto propri dell'autorità giudiziaria. In più si ritiene che qualora la valutazione della possibile esistenza di abuso piuttosto che di elusione venga fatta ex ante, nulla vieta all'Agenzia delle Entrate di promuovere comunque azioni volte a portare all'attenzione degli organi competenti l'operazione stessa.

Non è scarno il novero dei contenuti di prassi e giurisprudenziali legato al riporto delle perdite come concepito dall'art. 172, comma 7: infatti, è previsto dall'articolo stesso che i limiti del test di vitalità e del patrimonio netto debbano sussistere anche nel periodo

¹¹⁹ Rossi L., Privitera A., *Riporto delle perdite fiscali e interessi passivi nelle fusioni alla luce del nuovo abuso del diritto*, in *Corriere Tributario*, 10/2016, p. 734.

intercorrente tra la data dell'inizio dell'esercizio e il momento di efficacia della fusione stessa. Sulla base di tale periodo l'Agenzia delle Entrate ha emesso un avviso di accertamento contro una società contestando il depotenziamento della società stessa nel periodo compreso tra l'inizio dell'esercizio e la data di efficacia della fusione. Al riguardo, la Commissione Tributaria Regionale di Milano si è invece espressa a sfavore dell'Amministrazione¹²⁰, sostenendo come la società avesse verificato i limiti previsti con riferimento all'esercizio precedente la fusione e contestando l'interpretazione dell'Agenzia dell'art. 172, comma 7. Inoltre, il Collegio contesta la modalità con cui la stessa ha portato in giudizio la controparte in quanto avrebbe dovuto procedere avanzando, con adeguati elementi probatori, un'azione volta a valutare i profili di elusività e abuso dell'operazione stessa ai sensi dell'art. 37bis del d.pr. 600/1973 (ad oggi art. 10bis, dello Statuto dei diritti del contribuente). Sebbene esista la possibilità per cui l'operazione abbia dei caratteri abusivi nel caso in cui essa non abbia sortito nient'altro se non indebiti vantaggi fiscali, è altrettanto vero che l'art. 172, comma 7 preveda espressamente la verifica dei limiti anche per le perdite maturate *“in relazione al periodo tra l'inizio del periodo d'imposta e la data antecedente a quella di efficacia giuridica della fusione”*¹²¹ a cui si aggiungono numerosi documenti di prassi¹²². Taluna prassi, tuttavia, nel merito della questione giunge a posizioni coerenti con la decisione del Collegio meneghino¹²³ e si concorda con taluna prassi nel momento in cui afferma che l'interpretazione dell'Agenzia delle Entrate ignora gli eventi che possono intercorrere nella frazione di esercizio fino all'efficacia della fusione medesima, oltre alla brevità dello stesso rispetto agli esercizi con cui viene confrontato. Inoltre, viene fatto salvo il ricorso alla disciplina generale antiabuso ma, giustamente, limitandolo *“alla costruzione artificiosa dei predetti parametri di vitalità e non alla scelta del momento in tali parametri debbano essere verificati”*¹²⁴.

Proseguendo la disamina dei casi di indebito riporto delle perdite fiscali, sono esistite fattispecie in cui l'ammontare di perdita riportabile era inferiore all'effettivo riporto dato il mancato tener conto, da parte della società, dei versamenti negli ultimi 24 mesi dalla

¹²⁰ Commissione Tributaria Regionale di Milano, Sentenza del 17 ottobre 2016, n. 6353.

¹²¹ Art. 172, comma 7, quarto periodo del Testo Unico.

¹²² Circolare del 30 marzo 2016, n. 6/E, Agenzia delle Entrate; Risoluzione del 9 maggio 2011, n. 143/E, Agenzia delle Entrate, Risoluzione del 24 ottobre 2006, n. 116/E, Agenzia delle Entrate.

¹²³ Tra cui: circolare Assonime 31/2007; Norma di comportamento 176/2009 dell'Associazione Dottori Commercialisti di Milano.

¹²⁴ Norma di comportamento 176/2009 dell'Associazione Dottori Commercialisti di Milano, pag. 2

fusione. Ebbene il caso di specie¹²⁵ tocca un aspetto delicato sulla considerazione o meno di taluni versamenti da parte dei soci a favore della società che detiene le perdite: si tratta dei versamenti dovuti in seguito alla ricostituzione del capitale sociale ai sensi dell'art. 2447 del Codice civile. La Sentenza della Suprema Corte ha sancito che tali versamenti debbono essere tenuti di conto nel calcolo del limite patrimoniale al riporto delle perdite, in quanto la norma "*non consente di ravvisare deroghe o condizioni di operatività diverse da quelle in essa previste*": di fatto, si tratta di un'interpretazione rigida del dettato normativo che precludere di escludere qualsiasi versamento (salvo quelli previsti da norma dello Stato) effettuato nei 24 mesi anteriori alla fusione. Invero, la Cassazione ha anche disapprovato l'interpretazione per cui la ricostituzione del capitale sia obbligatoria: effettivamente la norma prevede anche la possibilità della trasformazione. Tuttavia, è opinione di chi scrive che l'applicazione rigida della norma poco ha a che vedere con la sua ratio legis: lo scopo dell'art. 172, comma 7 e di tutti i limiti ivi previsti è quello di evitare la compensazione intersoggettiva delle perdite fiscali qualora la società che detenga le perdite sia considerata una bara fiscale¹²⁶. La ricapitalizzazione della società al capitale sociale minimo previsto per la normativa civilistica non ha alcuna rilevanza nel combattere il fenomeno del commercio delle bare fiscali: ha ovviamente l'effetto diretto di ampliare l'ammontare di perdita riportabile, ma non costituisce indicatore di vitalità e l'alternativa data dalla trasformazione societaria implica necessariamente porre un blocco, o quantomeno un importante ritardo, sulla procedura di fusione stessa che rischia di finire per compromettere l'operazione nel suo complesso. Inoltre, resta sempre il dubbio sulla dubbia coerenza normativa dell'art. 172, comma 7 nel prevedere alcuna deroga all'esclusione di qualsiasi versamento, eccetto quelli disposti da altra legge dello Stato¹²⁷.

La Sentenza della Suprema Corte sopra analizzata non è l'unica che verte attorno all'interpretazione del dettato dell'art. 172, comma 7 a proposito dei limiti patrimoniali nel riporto delle perdite nelle operazioni di fusione: ebbene, con una recente ordinanza della Corte di Cassazione¹²⁸ viene rimarcata ancora una volta l'assenza di deroghe nel considerare i versamenti anteriori a 24 mesi dalla fusione; tuttavia taluna dottrina nel

¹²⁵ Corte di Cassazione, Sentenza del 12 ottobre 2016, n. 26697.

¹²⁶ Circolare del 9 marzo 2010, n. 9/E, Agenzia delle Entrate.

¹²⁷ I quali producono il medesimo effetto, inoltre presentano la stessa origine normativa in quanto entrambi i versamenti (sia quelli ai sensi dell'art. 2447 del Codice civile, sia quelli a cui la norma concede deroga) sorgono in ottemperanza a fonti di pari grado giuridico.

¹²⁸ Corte di Cassazione, Ordinanza del 31 maggio 2019, n. 19222.

commentare tale ordinanza valuta come questa posizione “*si potrebbe ritenere superabile*”¹²⁹ ed in effetti anche l’Agenzia delle Entrate¹³⁰ ha avallato la tesi, espressa anche dallo scrivente nelle succitate righe, per cui taluni versamenti¹³¹ e nell’ipotesi di superamento del test di vitalità, non vadano presi in considerazione nel calcolo del limite patrimoniale per il riporto: di fatto permettendo la disapplicazione parziale di tale limite. La presa di posizione dell’Amministrazione finanziaria con la risposta ad interpello appena riferito è segno di un’interpretazione normativa maggiormente aderente alla ratio dell’art. 172, comma 7 nonché decisamente meno rigida e letterale rispetto a quella che la giurisprudenza ha fornito in alcune sentenze. Anche con successivi interpelli¹³² l’Agenzia delle Entrate pone maggiore enfasi nel valorizzare il superamento dei test di vitalità (legati quindi a verificare l’eventuale depotenziamento e l’effettiva operatività della società che detiene le perdite) rispetto al limite patrimoniale, il quale può essere disapplicato nel caso venga comprovata la vitalità.

Con recenti interpelli l’Agenzia ha mantenuto la priorità sul superamento dei test di vitalità: con l’interpello n. 73/2022¹³³ l’Amministrazione ha risposto ad un interpello in relazione a società appartenenti al medesimo gruppo in cui alcune mancavano nella patrimonializzazione necessaria a riportare interamente le perdite, altre nella vitalità: è interessante nel caso di specie che è stato utilizzato per verificare se le società fossero o meno state depotenziate i principali indicatori di bilancio, in modo da riscontrare una dote patrimoniale ed economica sufficiente a escludere l’ipotesi di essere in presenza di una bara fiscale.

Anche nel caso di un altro interpello, l’Agenzia non si è limitata a valutare in maniera automatica ed esclusiva i soli risultati dei test di vitalità: in questo caso¹³⁴ le perdite sono state generate a seguito del c.d. “superammortamento”¹³⁵ e quindi a seguito di

¹²⁹ Gallio F., Commento a Corte di Cassazione, Ordinanza del 31 maggio 2019, n. 19222, in *In caso di fusione, è sempre possibile disapplicare la norma antielusiva relativa al patrimonio netto per il riporto delle perdite*, il Fisco 34/2019, p. 3277.

¹³⁰ Risposta ad interpello del 17 dicembre 2018, n. 109, Agenzia delle Entrate.

¹³¹ Ad esempio, la ricapitalizzazione in ottemperanza all’art. 2447 del Codice civile. Si nota che nella risposta ad interpello l’Agenzia fa riferimento anche ai versamenti effettuati per ripianare parte del passivo della società.

¹³² Risposta ad interpello del 15 ottobre 2019, n. 416, Agenzia delle Entrate.

¹³³ Risposta ad interpello del 4 febbraio 2022, n. 73, Agenzia delle Entrate.

¹³⁴ Risposta ad interpello del 4 febbraio 2022, n. 76, Agenzia delle Entrate.

¹³⁵ Il superammortamento si sostanzia in un beneficio fiscale dato dalla maggiorazione del costo del bene acquisito ai fini fiscali, salvo i casi di esclusione, ottenendo una maggiore quota di ammortamento fiscalmente deducibile del bene stesso. La percentuale di maggiorazione varia a

investimenti in beni strumentali utili allo svolgimento dello scopo sociale e al miglioramento della propria capacità operativa. Questo dato è già condizione utile a comprendere come non ci sia alcun presupposto di depotenziamento sociale, tuttavia, l’Agenzia ha anche valutato la circostanza in cui quegli investimenti non fossero stati effettuati: in tal caso l’istante avrebbe prodotto un reddito imponibile assoggettabile all’IRES; pertanto, chiudendo qualsiasi spazio all’ipotesi in cui l’istante fosse una bara fiscale. Infatti, è implicitamente affermato dall’Agenzia come la società che ha prodotto la perdita avrebbe potuto in ogni caso portarla autonomamente in diminuzione dei propri redditi futuri e quindi nulla è stato notato in senso di un possibile caso di abuso o di elusione.

Con una sentenza¹³⁶ tanto recente, quanto interessante per la controversia che si poneva di risolvere vengono fornite interessanti considerazioni a proposito della vitalità economica della società, l’utilizzo dell’interpello disapplicativo di cui all’art. 11 dello Statuto dei diritti del contribuente e sul parametro del patrimonio netto. Il caso è dato da un accertamento mosso dall’Agenzia con cui intende recuperare una maggiore IRES a seguito dell’indebito utilizzo di perdite fiscali in abbattimento del reddito della società convenuta. In particolar modo la società ha mancato il superamento dei test di vitalità limitatamente alle spese relative al personale e impiegato ed ai relativi oneri contributivi nonostante ha comunque utilizzato le perdite a seguito di una fusione per abbattere il proprio imponibile IRES. La Suprema Corte si è mossa verso la condanna della società in quanto non vi è spazio, all’interno dell’art. 172, comma 7 del T.U.I.R., di libere valutazioni a proposito del test di vitalità, sebbene venga sancito – in maniera non del tutto chiara – che la società convenuta possa muoversi al fine di ottenere la disapplicazione dell’articolo attraverso la procedura dell’interpello. La posizione della Cassazione, sebbene coerente con il dettato letterale della norma in questione, non tiene debitamente conto dell’approccio dell’Agenzia delle Entrate, il quale prevede la possibilità di provare la vitalità in altro modo nel caso in cui, per determinate scelte strategiche, la società non si avvalga di personale dipendente¹³⁷. Nel caso di specie la parte convenuta ha utilizzato l’outsourcing per la propria gestione amministrativa e contabile allegando documenti fiscali che la Corte non ha valutato come rilevanti dal

seconda del tipo di bene e del periodo d’acquisto dello stesso. La prima introduzione della norma risale alla legge n. 208 del 28 dicembre 2015, con successive proroghe e rinnovi.

¹³⁶ Corte di Cassazione, Sentenza del 16 gennaio 2023, n. 1035.

¹³⁷ Ciò è valido anche nei casi, ad esempio, delle società veicolo nelle operazioni di MLBO, o per le holding.

momento che nulla viene indicato a proposito dei costi per il personale esternalizzato. Ebbene, lo scrivente nutre dei dubbi circa l'approccio della Suprema Corte: innanzitutto, la realtà economica vede in molteplici casi l'outsourcing come una scelta strategica dettata dalla necessità di porre maggiore focus nelle aree chiave della catena del valore nonché come strategia al fine di ridurre costi. La giustificazione della Corte, secondo cui *“nulla emerge sul contenuto delle fatture che dovevano riportare i costi supportati per il personale esternalizzato”* mostra un distacco della stessa dalla realtà: è molto difficile che l'outsourcer possa fornire al committente dati sensibili circa i costi del personale da lui sostenuti per fornire i propri servizi amministrativi, sia per motivazioni di carattere commerciale, sia per ragioni organizzative proprie. È plausibile sostenere che il fornitore non produca la totalità del proprio reddito dal solo committente, e che risulti difficilmente calcolabile il costo del personale utilizzato dallo stesso ai fini della resa del servizio. Invece, il costo del servizio in sé racchiude tutte le informazioni rilevanti necessarie a comprendere il costo sostenuto dal committente, che, se mosso da logiche di razionalizzazione dei costi, sarà sempre minore rispetto al costo sostenuto dallo stesso per internalizzare dette attività. Non tenere in considerazione, in sede contenziosa, di tali e rilevanti considerazioni costituisce, a parere di chi scrive, una discriminazione dalla dubbia giustificazione per coloro che intendo perseguire un diverso modello di business o semplicemente un differente schema organizzativo.

Per quanto concerne invece l'aspetto legato all'interpello disapplicativo, non è ben chiaro se non averlo presentato ex ante pone dei limiti nella successiva presentazione durante il contenzioso stesso.

Inoltre, la sentenza oggetto di analisi fornisce importanti informazioni circa quale valore patrimoniale vada preso in considerazioni ai fini dei calcoli dei limiti previsti dall'art. 172, comma 7. La società ha dovuto predisporre la situazione patrimoniale ai sensi dell'art. 2501quater del Codice civile nel luglio 2010, il cui risultato era un patrimonio netto inferiore rispetto all'ultimo bilancio approvato (esercizio 2009). Nel primo trimestre dell'esercizio 2008 la società ha ricevuto versamenti patrimoniali. La Corte ha contestato l'approccio della società prevedendo che si debba calcolare il patrimonio netto all'ultimo bilancio approvato e alla data della situazione patrimoniale depurandolo dei versamenti effettuati nei 24 mesi antecedenti (quindi il calcolo del patrimonio netto alla data della situazione patrimoniale non sarà depurato dei versamenti del 2008) e prendere il minore tra i due. Il dubbio, quindi, è verso sulla valutazione dei 24 mesi per quanto concerne la situazione patrimoniale, anche se il dettato normativo è chiaro in tal senso prendendo

come riferimento, appunto, il minore tra quello dell'ultimo bilancio e della situazione patrimoniale, al netto dei versamenti effettuati nei 24 mesi anteriori alla data della situazione stessa.

Per concludere l'analisi della disciplina del riporto delle perdite nel caso della fusione nonché il rapporto che la disciplina "specificata" ha con la generale norma antiabuso data dall'art. 10bis della legge n. 212 del 27 luglio 2000, si può affermare che si tratti di una norma chiara ma che sottende alcune considerazioni che ne rendono complicata l'applicazione soprattutto qualora si valorizzi un'interpretazione letterale e quindi rigida della stessa. È fuori da ogni dubbio che per lo scopo per il quale è stato predisposto il testo dell'art. 172, comma 7 del T.U.I.R. non lasci adito a libere interpretazioni: tuttavia, un'interpretazione primariamente volta a adempiere alla ratio legis dello stesso risulterebbe maggiormente coerente. Altrettanto importante sarebbe giungere ad una conclusione univoca tra giurisprudenza e prassi, che avrebbe il risultato di portare benefici a tutti gli operatori economici e l'indotto connesso sul tema della certezza del diritto.

Inoltre, è influente anche mantenere ben chiaro il ruolo di ciascuna disciplina: se quella dettata dall'art. 172, comma 7 è specifica e primariamente applicabile, quella generale dello Statuto dei diritti del Contribuente deve essere residuale, senza confondere i due "binari". Il rapporto tra le società coinvolte nell'operazione, le proprie perdite, i limiti al riporto e l'Agenzia delle Entrate (con la possibilità dell'interpello disapplicativo, ma anche dal punto di vista accertativo) deve basarsi primariamente sull'analisi della normativa specifica: solo nel momento in cui l'Amministrazione finanziaria acquisisca elementi probatori che indirizzano l'operazione verso l'abuso in quanto assente di sostanza economica, mirata al solo sfruttamento di benefici fiscali illeciti che si aprirà un contenzioso in tal senso presso la Corte di Giustizia Tributaria territorialmente competente. Più volte nelle risposte fornite dall'Agenzia agli interpelli analizzati viene notato all'istante che taluni aspetti non sono analizzabili in detta sede, premettendo la possibilità di ulteriori controlli da parte dell'Agenzia delle Entrate circa l'origine di determinati risultati, scopo dell'operazione e altri aspetti.

Capitolo IV – Operazioni straordinarie: la scissione.

4.1. Quadro introduttivo dell'operazione.

4.1.1. Le finalità e tipologie dell'operazione.

Nell'ambito degli schemi delle operazioni straordinarie la scissione consiste nella divisione della totalità o di parte del patrimonio della società o delle società scisse al fine di attribuirlo ad una o più beneficiarie. È interessante approfondire brevemente le caratteristiche dell'operazione e le proprie finalità in quanto a seconda della tipologia di scissione che le società coinvolte porgono in essere vi saranno delle specificità fiscali in tema di ripartizioni delle c.d. posizioni soggettive¹³⁸.

Il minimo comune denominatore di ogni scissione è che un determinato ammontare di dotazione patrimoniale della scissa verrà trasferito alla scissionaria: nel caso in cui l'operazione coinvolga l'intero patrimonio della scissa si tratterà di una scissione totale che comporterà per quest'ultima la cessazione della propria esistenza, mentre nel caso in cui verrà trasferito solo parte del patrimonio si tratterà di scissione parziale con la scissa che manterrà la propria esistenza sebbene deficitaria a livello patrimoniale.

Ancora, l'operazione potrà essere proporzionale oppure non proporzionale: nel primo caso i soci della scissa verranno attribuirsi una quota di partecipazione nella beneficiaria (o nelle beneficiarie) per una percentuale pari a quella detenuta nella scissa; nel caso in cui ciò non si verifichi, si tratterà di scissione non proporzionale.

Due particolari tipologie di scissione sono invece quella inversa e negativa: con la prima si intende l'operazione che coinvolge una società, la scissa, che detiene una partecipazione nella beneficiaria e tale partecipazione è inclusa tra gli elementi patrimoniali trasferiti, per effetto dell'operazione, alla beneficiaria medesima (che procederà al successivo annullamento). L'operazione di scissione negativa prevede, invece, l'assegnazione alla beneficiaria di un patrimonio negativo: è il caso, ad esempio, in cui venga assegnato un paniere di beni completamente ammortizzati e annessi debiti. L'OIC 4 ammette la fattibilità dell'operazione a patto che la beneficiaria sia preesistente

¹³⁸ Per posizioni soggettive si intendono le situazioni attive e passive generatesi in capo alla società scissa per effetto dell'applicazione della normativa fiscale, in grado di apportare delle variazioni in aumento o in diminuzione della base imponibile. Tra gli esempi di posizioni soggettive si annoverano l'eccedenza di interessi passivi su quelli attivi, eccedenza di ROL, ACE.

(risulterebbe impossibile una tale operazione con una beneficiaria costituita ex novo), e che il valore economico del ramo che viene trasferito non sia nullo¹³⁹.

Per quanto concerne le motivazioni economiche che sorreggono la scissione si può fare riferimento a logiche di semplificazione o di riorganizzazione. Infatti, alcuni tra gli obiettivi della scissione possono essere modificare l'assetto proprietario delle società coinvolte (ad esempio attraverso la scissione non proporzionale), piuttosto riorganizzare la struttura di un gruppo d'impresе o, ancora, dare autonomia ad un ramo aziendale (ad esempio scindendo l'area immobiliare del business). Tuttavia, non sono da ignorare i motivi personali, extra aziendali, dei soci della scissa: l'operazione può trovare utilità anche al momento del passaggio dell'impresa alla generazione successiva, ripartendo le varie attività di business al familiare che nutre maggiore interesse per ciascuna di esse.

4.1.2. Cenni giuridici.

Sotto il profilo civilistico, la normativa prevista per l'operazione di scissione (articoli 2506 e seguenti) risulta meno estesa rispetto a quella analizzata nei precedenti paragrafi per la fusione: l'intento del legislatore è stato quello di "modellare" gli obblighi relativi alla scissione basandosi su ciò che egli stesso ha previsto per l'operazione di cui agli articoli 2501 e seguenti del Codice civile. Pertanto, prima della concreta realizzazione della scissione sarà necessario predisporre il progetto di scissione, la situazione patrimoniale, le relazioni degli amministratori e degli esperti nonché, qualora ve ne sia la necessità, la relazione di stima del patrimonio.

¹³⁹ Il Comitato Triveneto dei Notai, con la massima L.E.1, ha riconosciuto la fattibilità della scissione negativa purché sussistano alcune condizioni: (i) il valore economico del patrimonio trasferito è positivo, nonostante la somma algebrica del valore contabile delle attività e delle passività trasferite sia negativo; (ii) la parte del patrimonio oggetto di scissione e avente valore contabile negativo non può "andare a costituire una nuova entità aziendale", ma viene trasferito a favore di una beneficiaria già esistente, che deve avere capitale sociale o riserve sufficienti per assorbire il patrimonio netto contabile negativo oggetto della scissione, oppure rilevare una minusvalenza di tale importo.

Il Consiglio Notarile di Roma ha considerato legittima l'effettuazione di una scissione "negativa" al ricorrere almeno di una delle seguenti circostanze: (i) il patrimonio assegnato, negativo dal punto di vista contabile, è positivo se considerato a "valori correnti", e si procede a rivalutare il netto patrimoniale, oggetto di assegnazione alla società beneficiaria, secondo il suo valore corrente, mediante la redazione di una perizia predisposta in modo analogo a quelle che si utilizzano a supporto di un conferimento in natura; (ii) la scissione è a favore di una società beneficiaria preesistente il cui patrimonio netto presenti un saldo contabile positivo idoneo ad assorbire il patrimonio netto contabilmente negativo assegnato per scissione (senza cioè provocare nella società beneficiaria una situazione di perdita che riduca il capitale sotto il minimo legale); (iii) la scissione è a scopo meramente liquidatorio.

Come nel caso della fusione, anche per la scissione la procedura civilistica ha inizio con la redazione del progetto di scissione¹⁴⁰: il documento è predisposto dall'organo amministrativo delle società coinvolte nella fusione e per il suo contenuto la norma rimanda a quello previsto per la fusione. Trattandosi di un'operazione che realizza un distacco patrimoniale della scissa in favore delle beneficiarie, l'articolo 2506bis prevede che nel progetto trovi indicazione la descrizione della dote assegnata a ciascuna beneficiaria e l'eventuale conguaglio in denaro¹⁴¹. Il comma 2 dello stesso articolo sancisce, nel caso in cui le parti coinvolte non adempiano nell'indicare gli elementi patrimoniali attribuiti, a quale società debba essere imputato detto elemento sulla base della tipologia di scissione (parziale o totale). Ebbene, nel caso di scissione totale l'attivo patrimoniale viene assegnato in maniera proporzionale a ciascuna beneficiaria sulla base del patrimonio netto assegnatole, così come valutato ai fini della determinazione del rapporto di cambio; nel caso invece si tratti di scissione parziale l'elemento dell'attivo non desumibile dal progetto di scissione resta in capo alla scissa. La responsabilità per gli elementi del passivo viene conferita solidalmente a tutte le beneficiarie in caso di scissione totale, mentre obbliga in solido la scissa e le beneficiarie nel caso sia parziale. L'articolo 2506bis, terzo comma, impone all'organo amministrativo delle società di indicare i criteri con le azioni o le quote delle beneficiarie verranno attribuite ai soci della scissa: è da notare che con la riforma del diritto societario¹⁴², in caso di scissione non proporzionale, è stato dato diritto ai soci dissenzienti di alienare la propria partecipazione indicando l'acquirente.

Il progetto di scissione è, infine, vincolato a degli obblighi pubblicitari in quanto ne è prevista l'iscrizione presso il registro delle imprese o la sua pubblicazione nel sito internet della società con i medesimi limiti previsti nel caso del progetto di fusione: infatti, è necessaria la decorrenza di almeno 30 giorni tra la pubblicità del progetto e la decisione sul merito dell'operazione¹⁴³.

¹⁴⁰ Art. 2506bis Codice civile.

¹⁴¹ L'art. 2506, comma 2, limita l'ammontare massimo del conguaglio in denaro al 10% del valore nominale delle azioni o quote attribuite.

¹⁴² D. Lgs. del 17 gennaio 2003, n. 6.

¹⁴³ Accanto all'art. 2506bis del Codice civile si pone la norma dell'art. 2506ter, ultimo comma, che dichiara espressamente applicabile alla scissione la norma dell'art. 2501septies. Detta disposizione prevede che i soci possano rinunciare, con consenso unanime, al termine di trenta giorni durante i quali il progetto di scissione e la restante documentazione relativa all'operazione dovrebbero permanere depositati presso la sede delle società partecipanti all'operazione.

Per quanto concerne la redazione della situazione patrimoniale¹⁴⁴ si rimanda al dettato dell'art. 2501quater del Codice civile: la data di riferimento non deve essere più anteriore di 120 giorni dal giorno del deposito del progetto nella sede della società e deve essere redatta in aderenza alle norme sul bilancio d'esercizio. Lo scopo è quello di adeguare i saldi dell'ultimo bilancio approvato alle modifiche intervenute nel corso del periodo che intercorre tra la data di riferimento del bilancio stesso e la redazione della situazione patrimoniale: il documento non necessita di approvazione in quanto ha la sola funzione informativa, utile al fine di assumere una ponderata decisione in merito alla fattibilità dell'operazione descritta nel progetto di scissione. Come nel caso della fusione, la situazione patrimoniale può non essere predisposta, utilizzando in sostituzione il bilancio d'esercizio approvato purché questo abbia data di chiusura anteriore a sei mesi dal deposito del progetto di scissione. Inoltre, se i soci e coloro che detengono strumenti che consentano il voto sono unanimemente d'accordo, è possibile esonerare l'organo amministrativo dalla predisposizione della situazione patrimoniale.

Anche nel progetto di scissione gli amministratori di ciascuna società coinvolta dovranno predisporre una relazione da sottoporre alla propria compagine sociale con lo scopo di indicare le ragioni giuridiche ed economiche che giustificano l'operazione progettata, nonché il rapporto di cambio e nel caso della scissione, anche i criteri con cui verranno attribuite i titoli partecipativi della beneficiaria (o delle beneficiarie) ai soci della scissa e il valore effettivo del patrimonio netto. Quest'ultimo riguarda sia l'ammontare di patrimonio che resta alla scissa, nel caso di scissione parziale, oltre che quello attribuito alla beneficiaria e ha uno scopo di garanzia per i creditori¹⁴⁵: gli amministratori dovranno quindi valutare, a valori correnti, le poste attive e passive e indicarle nella relazione¹⁴⁶.

Per quanto riguarda invece la relazione degli esperti la normativa della scissione rinvia del tutto a quella prevista dal progetto di fusione: lo scopo del documento è quello di valutare la validità dei metodi, la loro adeguatezza e in generale le "fondamenta" che hanno portato al rapporto di cambio calcolato. I soggetti abilitati a predisporre il documento sono, anche in questo caso, i revisori legali o le società di revisione iscritte presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze; la nomina dell'esperto è affidata al tribunale nel caso in cui nella scissione siano coinvolte società quotate presso i mercati regolamentati. L'art. 2506ter ammette deroga alla predisposizione della relazione qualora

¹⁴⁴ Art. 2506ter Codice civile.

¹⁴⁵ Art. 2506quater Codice civile.

¹⁴⁶ In tal senso si esprime anche l'OIC n.4.

l'operazione di cui al progetto di scissione avvenga verso una beneficiaria neocostituita e a patto che l'attribuzione delle quote partecipative avvenga con metodo proporzionale. Al fine della realizzazione dell'operazione si deve attendere l'approvazione assembleare del progetto di scissione; durante i 30 giorni antecedenti alla delibera devono essere messi a disposizione dei soci il progetto di scissione, entrambe le relazioni, i bilanci degli ultimi tre esercizi corredati dalla relazione di revisione, e le situazioni patrimoniali delle società partecipanti. Nel caso in cui tra la data di convocazione dell'assemblea e il deposito del progetto di fusione siano intervenute variazioni non secondarie delle poste patrimoniali, è necessario che i soci ricevano informazioni in merito da parte degli amministratori in sede di assemblea. L'efficacia della scissione giunge al termine del periodo di 60 giorni dall'iscrizione della delibera presso il registro delle imprese¹⁴⁷: il termine è previsto per fornire ai creditori delle società partecipanti la possibilità di sospendere l'operazione, opponendosi alla stessa. L'attuazione della scissione resterà sospesa fino al termine del giudizio, salvo che il Tribunale non valuti infondato il pregiudizio ai creditori, o nel caso in cui la società abbia adeguatamente garantito le pretese degli stessi. Ancora, viene meno il termine per l'opposizione dei creditori nel caso quelli dissenzienti vengano liquidati delle proprie spettanze o nel caso in cui vi sia un accordo in tal senso da parte dei creditori stessi. Da evidenziare che l'art. 2503 del Codice civile in materia di fusione, così richiamato dall'art. 2506ter, consente di derogare al termine di opposizione da parte dei creditori laddove: *“consti il consenso dei creditori delle società che vi partecipano anteriori all'iscrizione o alla pubblicazione prevista nel terzo comma dell'articolo 2501ter, o il pagamento dei creditori che non hanno dato il consenso, ovvero il deposito delle somme corrispondenti presso una banca, salvo che la relazione di cui all'art. 2501sexies sia redatta, per tutte le società partecipanti alla fusione, da un'unica società di revisione la quale asseveri, sotto la propria responsabilità ai sensi del sesto comma dell'articolo 2501 sexies, che la situazione patrimoniale e finanziaria delle società partecipanti alla fusione rende non necessarie garanzie a tutela dei suddetti creditori”*. La conclusione dell'operazione consta nella stipula dell'atto di scissione, che deve avere forma di atto pubblico e deve essere iscritto presso il registro delle imprese del luogo dove hanno sede le società partecipanti entro 30 giorni dalla stipula. L'atto deve essere

¹⁴⁷ All'operazione di scissione alla quale non partecipano società azionarie non si può applicare la riduzione da 60 a 30 giorni, del termine previsto per l'opposizione dei creditori nell'art. 2053, comma 1, del Codice civile, come di necessario decorso tra il giorno di iscrizione delle deliberazioni di scissione nel Registro delle imprese e il giorno di stipula dell'atto di scissione (Tribunale di Novara, decreto dell'8 settembre 2020, n. 2366/20209).

sottoscritto dal solo rappresentante legale della scissa nel caso vi siano solo beneficiarie neocostituite, altrimenti anche dai legali rappresentanti di queste ultime.

4.1.3. Cenni contabili.

Come per la fusione, è importante fornire alcuni accenni legati al trattamento contabile dell'operazione di fusione in quanto aiutano a comprendere la formazione di alcuni elementi (le differenze di scissione) che saranno oggetto di approfondimento per quanto concerne il loro trattamento fiscale. Inoltre, è anche rilevante approfondire il funzionamento dell'opzione della retrodatazione degli effetti della scissione perché, date le caratteristiche intrinseche dell'operazione, sono presenti alcuni limiti meritevoli di menzione che non la rendono sempre un'opzione praticabile nell'operazione oggetto di analisi.

Per quanto attiene alla retrodatazione la disciplina civilistica non differenzia i casi di scissione e fusione, ma ciò non vale per la normativa tributaria. Tale aspetto non è di secondaria importanza anche per quanto concerne il trattamento contabile dell'operazione perché le limitazioni poste dal Testo Unico, approfondite nel successivo paragrafo, di fatto riducono l'utilità della retrodatazione. Se nell'ipotesi di fusione retrodatata lo scopo è quello di evitare determinati adempimenti sia contabili che fiscali, nel caso della scissione ciò viene meno in quanto la norma fiscale di fatto obbliga comunque alla redazione del bilancio di chiusura della scissa, la redazione delle scritture d'assestamento nonché la predisposizione della dichiarazione dei redditi della frazione di periodo, nel caso in cui la retroattività "civilistica" non coincide con quella fiscale.

L'aspetto contabile maggiormente rilevante ai fini dell'elaborato è sicuramente quello legato alle c.d. "differenze di scissione": sono simili alle differenze analizzate nella fusione, ma presentano delle peculiarità proprie legate alla specificità dell'operazione di scissione. Le differenze da annullamento sorgono in virtù della presenza di rapporti partecipativi intercorrenti tra la beneficiaria e la società scissa, mentre le differenze da concambio sorgono in virtù dell'aumento di capitale effettuato dai soci della beneficiaria per ricompensare la compagine sociale della scissa. Le differenze da annullamento derivano dalla differenza tra il valore della partecipazione nella scissa iscritto nel bilancio della beneficiaria e l'ammontare di patrimonio netto scisso a detta beneficiaria; le differenze da concambio sorgono dalla differenza tra l'aumento di capitale sociale della beneficiaria e la quota di patrimonio della scissa attribuito.

Infine, non vi è differenza rispetto alla fusione per l'allocazione di tali differenze: il disavanzo da annullamento e concambio deve inizialmente essere utilizzato al fine di rettificare in aumento le poste dell'attivo (se ne sono presenti le condizioni) o rettificare in diminuzione le poste passive; l'eventuale ammontare di disavanzo rimasto viene ad essere imputato ad avviamento.

L'avanzo da annullamento trova rappresentazione nel bilancio post fusione tra le poste del patrimonio netto, o se ve ne sono i presupposti, viene utilizzato per rettificare poste attive o passive erroneamente valutate. L'avanzo da concambio invece, trova indicazione in apposita riserva di patrimonio netto, o se dovuto a previsioni di risultati economici infelici, assume la forma di un fondo per rischi e oneri.

4.2. Cenni al trattamento fiscale dell'operazione, riporto delle perdite – Art. 173, decimo comma del Testo Unico.

Prima di procedere con l'analisi di dettaglio della disciplina del riporto delle perdite fiscali nelle operazioni di scissione, vale la pena approfondire brevemente i principi fiscali alla base del trattamento tributario dell'operazione.

Il legislatore tributario ha ripreso molteplici aspetti della fiscalità della fusione, per traslarli – previa compatibilità – anche alla scissione: i primi 3 commi dell'art. 173 del Testo Unico disciplinano il principale carattere neutrale dell'operazione in capo alla scissa, alla beneficiaria e ai soci della scissa. Il porre in essere un'operazione di scissione non fa quindi emergere alcuna materia imponibile, e ciò risulta coerente con la continuità dei valori fiscali del compendio patrimoniale allocato alla beneficiaria: non emergono quindi plusvalori latenti in grado di generare reddito ai fini dell'imposizione reddituale. L'art. 173, comma 2, prevede la non imponibilità dell'allocazione delle differenze da scissione a maggior valore dell'attivo; di fatto, il legislatore riconosce come tali poste siano prettamente attinenti alla sfera contabile, tanto che ha mantenuto all'infuori dell'ambito fiscale il prospetto di riconciliazione delle poste patrimoniali necessario per tenere conto del diverso valore contabile rispetto a quello fiscalmente riconosciuto ereditato dalla scissa. Sia nel caso della fusione, come in quello della scissione, è data opportunità alla beneficiaria di rendere eguali i valori fiscali e quelli contabili attraverso il pagamento di un'imposta progressiva sulla base del valore della rivalutazione, ottenendo benefici fiscali per quanto concerne la base di calcolo di plusvalenze e minusvalenze, nonché una maggiore deducibilità fiscale degli ammortamenti riprendendo

le stesse regole previste per l'operazione di conferimento a cui l'art. 173, comma 15bis rimanda¹⁴⁸.

La neutralità fiscale dell'operazione di scissione trova però un'eccezione all'art. 173, comma 3 in cui l'eventuale conguaglio in denaro risulta sottoposto ad imposizione fiscale a seconda del soggetto passivo che lo riceve¹⁴⁹.

Di fatto quindi, il legislatore vede nella scissione l'operazione opposta alla fusione in cui anziché aggregare insiemi patrimoniali vengono divisi e affidati ad altri soggetti: trattandosi, in entrambi i casi, di movimenti che *“non riguardano i singoli beni della società ma che producono i propri effetti sulla struttura e sulla compagine societaria a seguito di un fenomeno tipicamente riorganizzativo”*¹⁵⁰ si spiega la coerenza normativa delle due discipline.

Un peculiare tratto fiscale legato all'operazione in esame è l'attribuzione delle posizioni soggettive della scissa alle beneficiarie: sulla base della tipologia dell'origine della posizione soggettiva stessa, l'art. 173, comma 4, indica le modalità di riporto. La regola generale prevede l'allocatione pro quota sulla base dell'ammontare di patrimonio affidato a ciascuna beneficiaria, ma tale disposizione subisce una deroga qualora la posizione soggettiva abbia *“una connessione specifica, individuale o per insiemi”*¹⁵¹ ad elementi patrimoniali: in tale caso verrà attribuita alla beneficiaria a cui saranno destinati tali beni o insiemi di beni.

Per quanto concerne il trattamento di determinate poste l'art. 173, comma 6, prevede che il valore fiscale dei fondi di accantonamento si considerano già dedotti dalle beneficiarie, mentre nel caso la scissione sia parziale la deduzione verrà parametrata alle quote di patrimonio da cui tali accantonamenti hanno trovato origine. Invece, per quanto rileva ai fini dell'ammortamento delle poste patrimoniali materiali e immateriali si prevede (art. 173, comma 8, lettera b) che debbano essere parametrati all'effettivo periodo in cui tali

¹⁴⁸ Sono recenti alcuni casi in cui l'affrancamento è stato riconosciuto a titolo gratuito: è il caso dell'art. 11 del D.L. del 30 aprile 2019, n. 34 (c.d. “decreto crescita”), e dell'art. 1, commi da 242 a 249, della legge del 27 dicembre 2006, n. 296.

¹⁴⁹ La disposizione fa riferimento agli artt. 47 (redditi da capitale), 58, 87. Il primo troverà applicazione nel caso in cui il beneficiario risulti essere una persona fisica non esercente attività d'impresa; gli artt. 58 (redditi d'impresa) nel caso in cui il beneficiario risulti essere una società commerciale, mentre l'art. 87 trova applicazione nel solo caso in cui vengano verificati i requisiti relativi alla participation exemption.

¹⁵⁰ Falsitta, Fantozzi, Marongiu, Moschetti, *Commentario breve alle leggi tributarie, Tomo III: TUIR e leggi complementari*, p. 872, Cedam, 2011.

¹⁵¹ Risposta ad interpello del 31 dicembre 2020, n. 635, Agenzia delle Entrate.

beni siano rimasti in capo alla scissa e alle beneficiarie; con lo stesso criterio è disciplinata anche l'attribuzione delle spese pluriennali e altri accantonamenti.

Una delle problematiche dovute alla suddivisione del patrimonio della scissa alle beneficiarie è il trattamento, o meglio la destinazione, delle riserve in sospensione d'imposta. Si tratta di componenti patrimoniali che, al verificarsi di determinate cause legislativamente previste, escono dalla situazione di "stallo impositivo" per essere assoggettate a tassazione. Ai fini della ripartizione il comma 9 dell'articolo riprende il dettato del comma 4 previsto per le posizioni soggettive¹⁵² attribuendo tali riserve su base proporzionale alle beneficiarie, derogando a tale regime solamente nel caso in cui la riserva in sospensione d'imposta sia direttamente collegata ad un elemento patrimoniale. Tuttavia, è importante non solo l'attribuzione delle riserve sospese, ma anche la loro ricostituzione nel patrimonio delle beneficiarie, onde evitare che sfuggano a tassazione: su questo aspetto l'art. 173, comma 9 rimanda direttamente, in quanto compatibile, alla disciplina della fusione. In merito a tale rimando, è opinione di autorevole dottrina¹⁵³ che abbia avuto notevole rilevanza dal punto di vista interpretativo rispetto all'originaria disposizione del Testo Unico. Sul piano pratico, brevemente, si vanno a riproporre le riserve c.d. "del primo gruppo" e "del secondo gruppo": le prime subiranno imposizione in capo alla beneficiaria qualora non vengano ricostituite nel bilancio di quest'ultima, le seconde contribuiranno all'imponibile fiscale in caso di distribuzione e devono essere ricostituite utilizzando l'eventuale avanzo o l'eccedenza di aumento di capitale.

Nel paragrafo precedente, accennando agli aspetti civilistici della scissione si è fatto riferimento alla retrodatazione, la quale però non mostra la stessa utilità e generalità applicativa rispetto a quella prevista dalla fusione, sebbene il Codice civile rimandi interamente e senza particolari limitazioni alla normativa prevista la fusione. Le limitazioni derivano dall'intersecazione della disciplina civilistica con quella fiscale: l'art. 173, comma 11 limita notevolmente l'applicabilità dell'opzione ponendo delle

¹⁵² Il rimando del legislatore appare coerente con la natura stessa della riserva in sospensione d'imposta. Se la posizione soggettiva viene definita dall'Amministrazione finanziaria come "situazione giuridica attiva o passiva generata dalla normativa sulle imposte dirette in capo alla scissa" (Risoluzione del 19 marzo 2002, n. 9/E, Agenzia delle Entrate), allora tale carattere è proprio anche delle riserve in sospensione d'imposta, la cui tassazione è rimandata fin tanto che non venga meno la causa sospensiva.

¹⁵³ Falsitta, Fantozzi, Marongiu, Moschetti, *Commentario breve alle leggi tributarie, Tomo III: TUIR e leggi complementari*, p. 877, Cedam, 2011; Leo M., *Le imposte sui redditi nel testo unico – Tomo II*, Milano, 2022, p. 3309.

chiare condizioni: innanzitutto non può avvenire in caso di scissione parziale¹⁵⁴, le beneficiarie devono essere preesistenti¹⁵⁵, e devono coincidere le date di chiusura dell'ultimo periodo d'imposta delle società partecipanti.

Da ultimo vale la pena accennare il regime della responsabilità fiscale per gli anni d'imposta anteriori a quelli della fusione: la regola delineata dal legislatore ricalca quella prevista dalla normativa civilistica per la responsabilità del passivo. Nel caso di scissione parziale continuerà ad essere responsabile la scissa, mentre nel caso di scissione totale l'art. 173, comma 12 sarà affidata alla beneficiaria designata nell'atto di fusione.

È da notare, che qualora la beneficiaria e la scissa siano sottoposte a regimi fiscali diversi, si realizzano gli effetti della trasformazione eterogenea di cui all'art. 170 del Testo Unico limitatamente alla parte di patrimonio netto attribuito alla beneficiaria con diverso regime fiscale.

4.2.1 Il riporto delle perdite fiscali nell'operazione di scissione, art. 173, decimo comma del Testo Unico.

Una volta ripreso il trattamento fiscale dell'operazione, si procede con l'analisi del trattamento delle perdite fiscali ai sensi dell'art. 173, comma 10 del Testo Unico. Il modello di riporto progettato dal legislatore ricalca perfettamente ciò che l'art. 172, comma 7 del Testo Unico ha previsto nei casi di riporto delle perdite nelle operazioni di fusione. Di fatto, la scissa viene equiparata all'incorporata mentre la beneficiaria alla società che risulta dalla fusione o all'incorporante.

Il rimando all'art. 172, comma 7 implica necessariamente che il legislatore abbia previsto, con la medesima ratio di evitare l'indebita compensazione intersoggettiva delle perdite fiscali¹⁵⁶, l'estensione e l'applicabilità di tutti i limiti previsti per la fusione anche nel caso della scissione. Tali vincoli previsti si applicano a tutte le società coinvolte

¹⁵⁴ Infatti, nel caso di un'operazione che preveda la sopravvivenza della scissa, l'impossibilità della retrodatazione degli effetti fiscali è facilmente intuibile: gli effetti fiscali e gli annessi adempimenti dovranno necessariamente essere imputati alla scissa fino alla data di efficacia dell'operazione. Nel caso invece di scissione totale, la moria della scissa permette di attribuire gli effetti fiscali alle beneficiarie.

¹⁵⁵ Diversamente si otterrebbe l'effetto, impossibile nella pratica, di attribuire effetti fiscali ad una società che sarà costituita a seguito dell'operazione e quindi in un periodo posteriore rispetto alla data di riferimento della retrodatazione stessa.

¹⁵⁶ Come nella fusione, oltre alle perdite fiscali delle società coinvolte nel progetto di fusione la disciplina prevista dal comma 10 è estesa anche al riporto degli interessi passivi e dell'Aiuto alla Crescita Economica (ACE).

nell'operazione: tale disposizione costituisce un radicale cambio d'approccio rispetto a ciò che era previsto nel periodo anteriore all'entrata in vigore delle modifiche previste dal D.Lgs. 344 del 2003 che limitavano la verifica dei limiti alla sole perdite prodotte dalla società scissa, ignorando del tutto quelle delle beneficiarie¹⁵⁷. Entrambe, quindi, dovranno verificare i limiti patrimoniali per determinare l'ammontare massimo di perdite riportabili in diminuzione del reddito della beneficiaria. E, oltre a definire il limite massimo dato dal patrimonio, dovranno superare gli stessi test di vitalità previsti dall'art. 172, comma 7: dal conto economico della società che detiene le perdite dovranno essere verificate le spese relative al personale impiegato e i relativi oneri sociali e contributivi, e l'ammontare di ricavi conseguiti. Se entrambi tali saldi, con riferimento l'ultimo bilancio dell'esercizio precedente a quello di efficacia della scissione, non superano il 40% della media degli stessi saldi nei due esercizi anteriori a quello precedente l'efficacia della scissione il riporto delle perdite non è concesso in quanto la società che detiene tali perdite costituirà una bara fiscale. Rispetto alle considerazioni espresse in merito alla progettazione dei test di vitalità per l'operazione di fusione, nel caso della scissione si rendono necessarie alcune modifiche: innanzitutto, il rimando all'art. 172, comma 7 del Testo Unico può rendere non necessario prendere in considerazione il valore assoluto di personale impiegato e i relativi costi annessi. Tale disposizione, rispetto ai dubbi espressi nel caso della fusione, ai fini dell'operazione analizzata in questo paragrafo appare maggiormente coerente in quanto si è accennato come, tra i possibili scopi, ci possa essere lo scorporo dell'area immobiliare del business piuttosto che di determinati rami di azienda: non è sempre detto che tali compendi scissi, e quasi certamente per l'area immobiliare, vi sia del personale direttamente impiegato a tali scopi¹⁵⁸.

Di particolare interesse ai fini del riporto delle perdite nella scissione sono alcuni documenti di prassi particolarmente recenti¹⁵⁹ che hanno avuto il pregio di chiarire alcuni aspetti legati ai test di vitalità. La società beneficiaria della scissione avrà diritto a riportare un ammontare di perdite non eccedente il patrimonio netto della società che riporta le perdite sulla base dell'ultimo bilancio o della situazione patrimoniale nel caso

¹⁵⁷ Sul punto, al fine di una maggiore chiarezza, si è espressa – coerentemente con il dettato del vecchio art.123bis, comma 10 – l'Agenzia delle Entrate con la Risoluzione del 30 novembre 2000, n. 220/E in cui si rimandava nel caso di ipotesi di abuso all'art. 37bis del d.pr. 600/1973.

¹⁵⁸ Molto spesso l'area immobiliare può nascere a seguito della necessità di impiegare una parte di liquidità in eccesso rispetto al bisogno ordinario, mentre alcuni rami aziendali potrebbero non essere "labor intensive" e quindi non necessitare di un elevato numero di personale.

¹⁵⁹ Risposta ad interpello del 12 ottobre 2022, n. 503, Agenzia delle Entrate; Circolare del 1° agosto 2022, n. 31/E, Agenzia delle Entrate.

il patrimonio netto da quest'ultima risultante fosse inferiore¹⁶⁰, a patto avvenga il superamento dei test di vitalità. Il chiarimento fornito dall'Amministrazione finanziaria permette di chiarire quale sia la base di calcolo per i limiti al riporto delle perdite della società beneficiaria nel caso in cui non si tratti di una società neocostituita: le limitazioni vanno applicate sia riguardo alle perdite della stessa beneficiaria nei limiti nel proprio patrimonio netto, ma soprattutto le verifiche devono essere effettuate anche per le perdite ereditate dalla beneficiaria prendendo a riferimento il patrimonio netto dato dal compendio patrimoniale trasferito, fatto salvo il superamento dei test di vitalità in capo alla scissa. È al proposito di quest'ultimo limite che i documenti di prassi forniscono interessanti considerazioni, anche critiche, sul punto: è la stessa Agenzia delle Entrate ad ammettere che *“sono tuttavia emerse delle criticità, apprezzabili sul piano della coerenza del suddetto chiarimento con la ratio delle disposizioni in commento, che ne rendono opportuno un superamento”*¹⁶¹. Di fatto, la confessione dell'Agenzia verte sull'applicazione “chiusa” della norma che potrebbe renderla inadeguata allo scopo prefissato: se sul compendio patrimoniale allocato debbono essere verificati i limiti di vitalità, potrebbe facilmente capitare (per conformazione stessa dell'operazione e per la sua flessibilità pratica) che sia impossibile il superamento del test in quanto non esistono riferimenti in grado di rispondere affermativamente al test delineato dall'art. 173, comma 10 e, di ripresa, dall'art. 172, comma 7. Il risultato sarebbe quello di classificare come “non riportabile” un ammontare di perdita non tanto perché mancante della vitalità quanto piuttosto perché di tale carattere è impossibile – si sottolinea, in alcuni casi – la misurazione. Infatti, l'applicazione automatica della disciplina dell'art. 173, comma 10 e quindi dell'art. 172, comma 7 del Testo Unico si limita ai soli casi in cui il compendio aziendale scisso in favore della beneficiaria sia costituito da un ramo aziendale, in quanto è necessario valutare se sia in grado di assorbire le perdite in maniera indipendente e quindi, se è capace di produrre redditi imponibili autonomi da rettificare con le perdite attribuite. Nel caso in cui la scissa trasferisca alla beneficiaria beni che non fanno parte di alcun ramo aziendale – e quindi una scissione di un insieme patrimoniale da considerare in ottica “stand alone” – la vitalità per espressa previsione dell'Agenzia delle Entrate deve essere valutata con *“criteri alternativi [...] che siano rappresentativi, nel*

¹⁶⁰ Al netto dei versamenti effettuati nei 24 mesi antecedenti, come implica il rimando all'art. 172, comma 7 del Testo Unico.

¹⁶¹ Circolare del 1° agosto 2022, n. 31/E, Agenzia delle Entrate.

contempo, sia della vitalità [...] e sia della sua capacità di riassorbire le posizioni fiscali soggettive trasferite alla società beneficiaria”¹⁶². È opinione dello scrivente che l’approccio di prassi risulta maggiormente efficace e aderente alla ratio della norma stessa; tale presa di posizione risulta anche coerente con la necessità, già espressa nei paragrafi precedenti, di interpretare la norma in maniera ragionevole tenendo come guida interpretativa principale la ratio legis. Inoltre, una posizione come quella espressa dall’Agenzia con i recenti chiarimenti interpretativi non fa altro che rispettare la normativa fiscale in tema di scissioni dell’art. 173 del Testo Unico: infatti, le perdite fiscali sono da annoverare tra le posizioni soggettive la cui attribuzione si basa, in linea generale, su un criterio proporzionale (salvo sia presente un legame diretto con singoli beni o insiemi di essi) e la misurazione della vitalità del compendio attribuito alla beneficiaria risulta coerente a quello che è il dettato dell’art. 173, comma 4 del Testo Unico.

Infine, merita di essere ricordato il rinvio all’art. 172, comma 7 per quanto riguarda il regime di riporto delle perdite in caso di retrodatazione degli effetti fiscali della scissione: sebbene si sia già approfondito come questa sia limitata dall’art. 173, le valutazioni a proposito della vitalità e il calcolo dei limiti patrimoniali devono essere verificati anche nel periodo antecedente alla data di efficacia della scissione, e posteriore all’inizio del periodo d’imposta in cui la stessa troverà efficacia.

4.3 Prassi sul riporto delle perdite e sul rapporto con la disciplina antiabuso nell’operazione di scissione.

Il regime di riporto delle perdite previsto dall’art. 173, comma 10 del Testo Unico ha, parimenti con ciò che il legislatore tributario prevede nel caso della fusione, una portata prettamente antielusiva al fine di evitare indebite compensazioni di perdite tra soggetti che vengono meno ai requisiti patrimoniali ed economici. Ebbene, data anche la possibilità di ricorrere all’interpello disapplicativo previsto dall’art. 11 dello Statuto del Contribuente è meritevole di approfondimento l’approccio di prassi e giurisprudenza al proposito dei casi di riporto delle perdite fiscali e l’innesto con la più generale disciplina antiabuso dell’art. 10bis della legge 212 del 2000.

¹⁶² Circolare del 1° agosto 2022, n. 31/E, Agenzia delle Entrate.

Particolarmente interessante è la posizione presa dall’Agenzia delle Entrate, e mantenuta costante nel corso del tempo, in merito all’applicazione della disciplina dell’art. 173, comma 10 del Testo Unico alle scissioni in cui partecipano società beneficiare newco: l’Amministrazione finanziaria in diversi casi¹⁶³ ha escluso dall’ambito applicativo della disposizione antielusiva dell’art. 173, comma 10 per il riporto delle perdite sia in capo alla scissa sia per quelle attribuite alla beneficiaria qualora quest’ultima sia una c.d. “newco”. La posizione risulta essere pienamente compatibile con la ratio legis del regime in quanto non è configurabile alcuna manovra elusiva o abusiva nel caso in cui vengano coinvolte società neocostituite nell’operazione: non può realizzarsi alcuna compensazione intersoggettiva delle perdite fiscali, semplicemente perché il compendio patrimoniale trasferito alla newco e la proporzionale attribuzione delle perdite non hanno modo di essere compensate con alcun reddito all’infuori di quello che lo stesso insieme di beni trasferito è in grado di generare per la beneficiaria neocostituita. Si ricorda infatti, che mentre la fusione ha come effetto la confusione patrimoniale tra due o più società, nella scissione la stessa conseguenza è del tutto eventuale: infatti, *“la scissione comporta in ogni caso la “suddivisione” del soggetto scisso e – solo eventualmente – anche una unificazione di soggetti diversi in caso di beneficiaria preesistente”*¹⁶⁴ e pertanto non potrà trovare applicazione il regime dell’art. 173, comma 10 né tantomeno l’Amministrazione potrà sfruttare la generale disciplina antiabuso dello Statuto del Contribuente al fine di ostacolare l’operazione se non nel caso in cui le beneficiarie siano preesistenti. Recentemente, inoltre, l’Agenzia ha confermato il proprio (coerente) approccio anche nel caso in cui l’operazione descritta poc’anzi venga suddivisa in più operazioni di scissione¹⁶⁵: nel caso di specie i vari “step” sono avvenuti nel medesimo periodo d’imposta, e quindi la non applicabilità dell’art. 173, comma 10 risulta giustificata dalla sostanza economica dell’operazione: difficilmente l’approccio sarebbe stato il medesimo qualora i vari passaggi dell’operazione fossero stati portati a termine in diversi periodi d’imposta, sebbene immediatamente successivi in quanto, sebbene la beneficiaria sia stata costituita appositamente al fine di accogliere elementi patrimoniali dalla scissa, dovranno essere verificati i limiti previsti dell’art. 173, comma 10 del Testo Unico per tutti gli “step” avvenuti in periodi d’imposta diversi da quello in cui è stata

¹⁶³ Risoluzione del 30 giugno 2009, n. 168/E, Agenzia delle Entrate; Circolare del 9 marzo 2010, n. 9/E, Agenzia delle Entrate.

¹⁶⁴ Circolare del 9 marzo 2010, n. 9/E, Agenzia delle Entrate.

¹⁶⁵ Risposta ad interpello del 14 marzo 2022, n. 111, Agenzia delle Entrate.

costituita la newco beneficiaria. Sarà tuttavia facilmente ipotizzabile il non superamento di nessuno dei limiti previsti, dovendo dimostrare la vitalità del compendio trasferito con i successivi passaggi dell'operazione rendendo la scissione potenzialmente riconducibile a verifiche di abuso o di elusione da parte dell'Amministrazione finanziaria, anche ricorrendo alla disciplina dell'art. 10bis della legge n. 212 del 2000.

Nei precedenti paragrafi del presente capitolo, tra le finalità che conducono all'attuazione di una scissione rientra quella della separazione del patrimonio immobiliare della scissa: ebbene, su tale punto l'Agenzia delle Entrate dimostra avere un approccio particolarmente cauto fin dal periodo in cui contrastare l'elusività dell'operazione era compito dell'art. 37bis del d.pr. 600/1973¹⁶⁶. La generalizzata preoccupazione dell'Amministrazione era basata sul possibile utilizzo dell'operazione al fine di creare delle società "contenitore", realizzando l'effetto di assegnare il bene ai soci ma eludendo la tassazione. Tuttavia, si pongono dei dubbi in merito a tale approccio in quanto si concorda con la dottrina¹⁶⁷ secondo cui, indipendentemente dalla società che li contiene, i beni restano in ogni caso assoggettati al regime dei beni d'impresa, e – data anche la continuità dei valori fiscali – viene posposta la tassazione nel momento in cui avverrà realmente l'assegnazione del bene al socio. Inoltre, l'ulteriore motivo di scetticismo verso l'operazione da parte dell'Agenzia delle Entrate dato dalla possibilità che possa *"assumere, invece, valenza elusiva qualora rappresentasse solo la prima fase di un più complesso disegno unitario finalizzato alla successiva rivendita o donazione delle quote societarie delle beneficiarie da parte dei soci persone fisiche, con l'esclusivo fine di spostare la tassazione dai beni di primo grado (gli immobili) ai beni di secondo grado (quote di partecipazione) soggetti a un più mite regime di tassazione"*¹⁶⁸ non appare giustificabile in quanto l'acquirente della partecipazione non potrà beneficiare di alcuna deduzione dal reddito inerente al proprio acquisto (ammortamenti, ad esempio) provocando un incremento dell'imponibile fiscale e un recupero del gettito per l'Erario. Tale operazione, sebbene afferente ad un diverso tipo di operazione sull'azienda, è esclusa dall'ambito dell'elusione fiscale dall'art. 176 del Testo Unico, ma nel caso di specie vanno sempre tenute di conto le motivazioni dietro la normativa fiscale della scissione: l'operazione è, di base, fiscalmente neutra non tanto per un favor del legislatore verso tale schema, bensì lo è in

¹⁶⁶ Risoluzione del 22 marzo 2007, n. 56/E, Agenzia delle Entrate; Risoluzione del 22 marzo 2007, n. 58/E, Agenzia delle Entrate;

¹⁶⁷ Franzese E., Miele L., *Trasferimento di immobili mediante scissione parziale non proporzionale*, in *Corriere Tributario*, n. 7, 2006, p. 576.

¹⁶⁸ Risoluzione del 22 marzo 2007, n. 56/E, Agenzia delle Entrate.

quanto ha un carattere organizzativo tale per cui non vengono ad emergere plusvalori latenti altrimenti assoggettati ad imposizione. Inoltre, la disciplina fiscale vigente al momento della stesura del presente elaborato non consente di delineare alcun regime fiscale vantaggioso sulla plusvalenza da partecipazioni, rispetto all'assegnazione del bene al socio¹⁶⁹. La posizione dell'Agenzia è stata oggetto di contestazione anche da Assonime¹⁷⁰, sulle cui argomentazioni lo scrivente nutre alcuni dubbi in merito all'inerenza delle stesse: l'associazione prende a riferimento la posizione del Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive – il quale non annoverava tra le operazioni abusive quelle per cui venivano successivamente cedute le partecipazioni nella scissa operativa – mentre totalmente diverso è l'oggetto delle risoluzioni 56/E e 58/E del 2007 in quanto sono le partecipazioni della beneficiaria “immobiliare” quelle oggetto di vendita.

In merito alle contestazioni sullo spostamento della base imponibile espresse dall'Agenzia, è doveroso ricordare come la condicio sine qua non ai fini dell'applicazione della disciplina generale antiabuso devono mancare ragioni extra fiscali all'operazione (oltre che l'illecito beneficio fiscale) e ciò da verificare caso per caso: si pensi ad un'operazione di scissione volta a separare il ramo immobiliare dal resto della scissa per procedere alla cessione della stessa ad un compratore disinteressato agli immobili ma solo al ramo dell'attività caratteristica. Tale operazione ha certamente sostanza economica, in quanto non si sarebbe concluso l'accordo tra le parti e difficilmente esisteranno i presupposti per ricondurla nell'alveo applicativo della norma generale antiabuso.

Ancora, sempre a proposito degli “spin off” immobiliari, è necessaria la dovuta cautela per poter applicare l'art. 10bis dello Statuto del Contribuente: l'operazione deve essere prioritariamente orientata all'ottenimento di un beneficio fiscale illecito, abusando della normativa fiscale con una scissione priva di ragioni esogene alla sfera fiscale. La cessione

¹⁶⁹ Nel primo caso troverà applicazione l'art. 68 del Testo Unico, applicando una ritenuta pari al 26% sulla differenza tra il corrispettivo e costo di acquisto della partecipazione, mentre nel caso dell'assegnazione del bene al socio verrà assoggettato ad imposta (anche in questo caso del 26%) ciò che di netto risulta una volta sottratto al valore normale il costo fiscalmente riconosciuto del bene. In proposito alla tassazione nel caso di assegnazione del bene al socio, con l'art. 1, comma 106, della l. 29 dicembre 2022 n. 197 (Legge di Bilancio 2023) è stato riproposto il regime agevolato di tassazione per cui, qualora vengano rispettati i limiti posti dalla norma sia sulla società che sulla tipologia di bene – che non deve essere strumentale all'esercizio dell'attività – sarà possibile beneficiare di un'aliquota pari all'8% (o al 10,5% nel caso di società di comodo) sulla differenza tra il corrispettivo o il valore catastale (rivalutato) e il costo fiscalmente riconosciuto del bene.

¹⁷⁰ Circolare n. 20 del 2007, Assonime.

della partecipazione della beneficiaria “immobiliare” comparata alla normale gestione degli immobili da parte di una società fin dall’origine creata a tale scopo non genera nessuna differenza in termini di rilevanza fiscale, ma nell’ultimo caso nessun dubbio sorge in merito alla mancanza delle caratteristiche proprie di un’operazione potenzialmente elusiva¹⁷¹.

Dei documenti di prassi inerenti all’operazione di scissione numerosi vertono sul tema immobiliare: vale la pena considerare una posizione più recente dell’Agenzia delle Entrate¹⁷² sul tema in quanto espressa nel periodo in cui il nuovo art. 10bis dello Statuto del Contribuente aveva sostituito il previgente art. 37bis del d.pr. 600/1973. Il caso di specie riguarda la scissione del compendio immobiliare di una società commerciale ad una beneficiaria newco con medesima compagine sociale, le cui partecipazioni sarebbero state cedute ad un terzo. Di fatto, i soci hanno voluto separare il ramo commerciale da quello immobiliare. L’istante ha reso noto all’Agenzia il disegno completo dell’operazione, includendo anche la destinazione finale (la vendita) delle quote della beneficiaria e la risposta fornita dall’Amministrazione segna, di fatto, un’apertura rispetto alla posizione espressa nelle circolari precedentemente commentate. L’operazione non costituisce abuso ai sensi dell’art. 10bis in quanto è considerata legittima la scelta di un regime fiscale meno oneroso rispetto ad un altro al fine di evitare la doppia imposizione che si otterrebbe attraendo a tassazione prima la plusvalenza da cessione e successivamente le spettanze ai soci: l’Agenzia, quindi, ha ricondotto l’operazione nell’ambito di applicazione dell’art. 10bis, comma 4 dello Statuto del Contribuente¹⁷³. Entrando più nel dettaglio, l’operazione così come descritta dall’istante non presenta nessuno dei caratteri che l’art. 10bis fa coincidere con una possibile operazione elusiva o abusiva: l’operazione oggetto di analisi ha sicuramente sostanza economica, data dalla volontà di monetizzare un ramo aziendale cedendolo ad un terzo e ricade nella disciplina dell’art. 10bis, comma 3, per cui nel caso in cui esistano valide ragioni extrafiscali (come nel caso di specie) anche di ordine organizzativo o gestionale viene esclusa l’elusività o l’abuso dell’operazione. Tuttavia, l’apertura dell’Agenzia delle Entrate non si deve considerare “completa” in quanto la stessa precisa che affinché possa essere esclusa l’abusività dell’operazione, le società coinvolte debbano proseguire nella propria attività

¹⁷¹ Circolare n. 21 del 2016, Assonime.

¹⁷² Risoluzione del 25 luglio 2017, n. 97/E, Agenzia delle Entrate.

¹⁷³ La disposizione recita: “resta ferma la libertà di scelta del contribuente tra regimi opzionali diversi offerti dalla legge e tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale”.

e non trattarsi di società “costituite solo da liquidità, intangibles o immobili, bensì di società che esercitano prevalentemente attività commerciali ai sensi dell’art. 87, comma 1, lettera d del T.U.I.R.”¹⁷⁴: rispetto alla posizione precedente dell’Agenzia poco cambia in relazione alla situazione per cui la beneficiaria possa risultare un mero contenitore patrimoniale. Non è chiaro come ciò possa venire considerato una discriminante circa l’abusività dell’operazione: nel caso di specie è ipotizzabile come l’acquirente della scissa “commerciale” miri ad ottenere determinati vantaggi economici dall’operazione, mentre di contraltare i soci della scissa proseguiranno nel ramo “immobiliare” che già esisteva in epoca ante scissione. Osservando il caso da un più generale punto di vista, la beneficiaria costituita prettamente da liquidità, intangibles o immobili presenta comunque i requisiti di una società in grado di monetizzare attraverso lo svolgimento di attività commerciale detti asset: si pensi al caso di una scissione in cui le partecipazioni nella scissa vengono cedute ad un terzo acquirente mentre un brevetto, o un marchio registrato vengano trasferiti alla beneficiaria in quanto non di interesse per l’acquirente terzo della scissa, la concessione di licenze piuttosto che commercializzare prodotti altrimenti impossibili da realizzare senza tale diritto. L’Agenzia delle Entrate, nel mostrare siffatto scetticismo e particolare cautela in tal senso, rischia di “staccarsi” rispetto alla realtà imprenditoriale nonché di avere una visione “chiusa” che non considera le potenzialità economiche degli asset classificando ex ante come abusiva una scissione solamente perché ad una delle società coinvolte vengono trasferiti beni che non sempre coincidono con un ramo aziendale. La più recente dottrina in tal senso¹⁷⁵ continua tuttavia a considerare potenzialmente elusiva un’operazione in cui risultano società beneficiarie in cui risultano immobili o partecipazioni, qualora si miri a spostare l’imposizione dal bene trasferito alla partecipazione nella beneficiaria.

I casi in cui l’Amministrazione cambia effettivamente la propria considerazione dell’operazione di scissione sono comunque esistenti: ciò costituisce un ulteriore elemento ad avallo della tesi per cui quali siano i confini di una scissione “abusiva” non sono ben chiari. Un altro esempio in tal senso è l’interpello n. 30 dell’8 ottobre 2018 in cui l’istante propone interpello ai sensi dell’art. 11 dello Statuto del Contribuente in merito ad una operazione di riorganizzazione così progettata: quattro soci intendono riorganizzare l’assetto proprietario della propria holding, facendo in modo di gestire le

¹⁷⁴ Risoluzione del 25 luglio 2017, n. 97/E, Agenzia delle Entrate.

¹⁷⁵ Risposta ad interpello del 21 marzo 2022, n. 133, Agenzia delle Entrate.

partecipazioni da quest'ultima detenute attraverso holding unipersonali. La soluzione prospettata dall'istante, non potendo per vincoli contrattuali scindere direttamente la holding, è conferire le partecipazioni in regime controllato di cui all'art. 177, comma 2, del Testo Unico¹⁷⁶ in una beneficiaria newco, la quale andrà poi scissa trasferendo i propri asset partecipativi alle singole holding unipersonali. La risposta, non condivisibile a parere dello scrivente, fornita dall'Agenzia delle Entrate annovera l'operazione tra le fattispecie abusive dato il beneficio fiscale illecito ottenuto usufruendo della neutralità fiscale dell'art. 177, comma 2, del Testo Unico nonché della neutralità della scissione evitando l'applicazione del generale trattamento riservato ai conferimenti eseguiti da non imprenditori di cui all'art. 9 del Testo Unico¹⁷⁷. L'Amministrazione contesta, inoltre, sia l'assenza di sostanza economica che di ragioni extrafiscali all'operazione, argomentando che la stessa operazione sarebbe dovuta avvenire attraverso il conferimento delle partecipazioni della holding "principale" in quelle unipersonali. Sebbene a proposito della sostanza economica e delle conseguenze extrafiscali sia possibile validare la tesi per cui non sia presente, di fatto mantenendo inalterata la situazione di ciascun socio coinvolto (prima titolare del 25% della holding, mentre dopo l'operazione resta titolare della medesima holding per la stessa percentuale ma tramite altra società da esso interamente posseduta), tuttavia l'operazione descritta dall'istante appare deficitaria dei caratteri di cui all'art. 10bis, comma 2 che chiariscono l'assenza di sostanza economica: l'operazione si presenta coerente con il fondamento giuridico dei singoli "step" che la compongono e, soprattutto, gli stessi risultano essere adatti alla realtà di mercato. Appare dubbia l'illiceità dei benefici fiscali ottenuti: innanzitutto è da tenere presente che l'art. 10bis, comma 4, riconosce al contribuente la libertà di scegliere il regime impositivo offerto dalla legge che risulta meno oneroso – ma soprattutto – riconosce tale libertà tra le operazioni che comportino un diverso (si legga minore) carico fiscale. Nel caso in cui l'istante avesse seguito l'operazione come disegnata dall'Amministrazione finanziaria, l'operazione sarebbe assoggettata a tassazione – data l'equiparazione alla cessione – ai

¹⁷⁶ Attraverso l'art. 177 è possibile "controllare" l'imponibile generato dall'operazione (realizzativa): la valutazione ai fini del reddito del conferente avviene in base alla corrispondente quota delle voci del patrimonio netto formato dalla conferitaria per effetto del conferimento. Di fatto, è il valore al quale la conferitaria iscrive nel bilancio le partecipazioni che ottiene: se l'iscrizione avviene al valore fiscalmente riconosciuto del conferente, allora la tassazione è zero.

¹⁷⁷ Nel caso del conferimento di partecipazioni da parte dei soci, l'art. 9 equipara la situazione alla cessione a titolo oneroso. L'imponibile risulta dalla differenza tra il corrispettivo al netto dei costi di diretta imputazione (su cui l'art. 9, commi 2 e 4 prevedono il calcolo sulla base del valore dei beni e crediti conferiti nel caso non si tratti di società quotata) e il valore fiscale della partecipazione. La tassazione sarà pari al 26%.

sensi dell'art. 9 del Testo Unico, mentre l'operazione progettata dall'istante ha consentito lo sfruttamento di regimi fiscali concessi dalla legge, che hanno portato (certamente per convenienza) a disegnare un'operazione in maniera diversa (ma legittima e, si ritiene, non abusiva) ma pur sempre coerente con l'ordinamento tributario nonché carente dei requisiti che delineano un'operazione elusiva ai sensi dell'art. 10bis dello Statuto del Contribuente. Recentemente l'Agenzia, sottoposta a simili interPELLI, ha risposto in favore al contribuente sancendo la non abusività dell'operazione¹⁷⁸.

Un ulteriore approfondimento merita di essere fatto al proposito della c.d. “scissione di cassa”: si tratta di una scissione per cui il compendio trasferito si basa su liquidità che viene iniettata nella beneficiaria, senza però passare tramite i soci e quindi in regime di neutralità fiscale. L'Agenzia delle Entrate mostra, nuovamente, particolare cautela in merito all'operazione in quanto potrebbe venire a delinarsi un'operazione a proposito della quale possano essere mosse delle censure in chiave antielusiva da parte dell'Amministrazione finanziaria. Le finalità economiche, esterne all'area fiscale, non sono di secondaria importanza in quanto si tratta, salvo censura, di un ottimo strumento di patrimonializzazione per una beneficiaria neocostituita, non necessariamente con la medesima compagine sociale della scissa, che intenda investire la liquidità in eccesso in un altro settore d'attività. I tratti elusivi di una scissione di cassa debbono essere valutati sulla base dei fattori che, stando al dettato della disciplina dell'art. 10bis dello Statuto del Contribuente, caratterizzano siffatta operazione: assenza di sostanza economica, vantaggi fiscali illeciti, mancanza di motivazioni diverse dal beneficio fiscale. Nelle succitate righe si è già fatto un chiaro esempio di come tale fattispecie di scissione possa avere una propria sostanza economica. A proposito dei secondi è indubbio che un'operazione regolata dalla neutralità fiscale come quella di cui all'art. 173 del Testo Unico, rispetto all'opzione presentata come “fiscalmente legittima” dall'Amministrazione in cui dapprima i soci distribuiscono sottoforma di dividendi l'ammontare di liquidità poi utile alla patrimonializzazione della beneficiaria (scontando tassazione nella forma di ritenuta alla fonte a titolo d'imposta pari al 26% nel caso si tratti di soci persone fisiche – art. 47 del T.U.I.R. – oppure esenti per il 95% del loro ammontare e soggette a ritenuta del 26% sul restante ammontare distribuito nel caso di società di capitali – Art. 89 del Testo Unico) presenti un chiaro vantaggio fiscale, resta da capire se tale sia da considerare illecito.

¹⁷⁸ Risposta ad interpello del 6 agosto 2020, n. 248, Agenzia delle Entrate; Risposta ad interpello del 23 marzo 2022, n. 152, Agenzia delle Entrate.

È parere dello scrivente che non debba considerarsi tale in quanto non si attua alcuna forzatura della norma fiscale al fine di ottenere il beneficio previsto e l'operazione si ritiene debba essere ricondotta alla disciplina dell'art.10bis, comma 4 dello Statuto del Contribuente: di fatto il contribuente sceglie la scissione di cassa, permessa dall'ordinamento senza alcun vincolo qualitativo circa il patrimonio trasferito, data la minore imposizione fiscale (su cui nulla è sindacabile, si tratta di strumenti messi a disposizione dalla norma tributaria) e anche la maggiore efficacia dello strumento (dato l'ammontare della liquidità trasferita sarà maggiore a causa della neutralità fiscale). Inoltre, si concorda con la dottrina nell'affermare che *“a fronte di liquidità in eccesso vi siano anche riserve liberamente disponibili”*¹⁷⁹. Di particolare interesse risulta essere la risposta fornita dall'Agenzia delle Entrate in merito ad un'istanza di interpello antiabuso¹⁸⁰: l'istante interrogava l'Amministrazione in merito ad un parere sull'abusività di un'operazione che avrebbe visto la scissa (holding) trasferire liquidità alla beneficiaria (necessaria per la patrimonializzazione e quindi per effettuare gli investimenti previsti per dal proprio piano di business) dopo la liquidazione di due finanziamenti effettuati in precedenza dalla holding alla beneficiaria. Dati i rischi di business – diversi – l'istante non ha ritenuto praticabile la fusione tra le società; pertanto, ha inteso procedere con la scissione di liquidità. L'Agenzia delle Entrate, tuttavia, ha ritenuto abusiva un'operazione così delineata notando *“manifesti profili di artificiosità, che appaiono rilevanti sotto il profilo del giudizio di abusività”*; inoltre, l'Agenzia contesta come venga meno la sostanza economica in quanto, ad operazione conclusa, nessuna società avrebbe ottenuto una maggiore liquidità *“effettiva”*¹⁸¹. Nessuna di queste argomentazioni, a parere dello scrivente, risulta condivisibile: l'artificiosità contestata dall'Agenzia è dovuta alla pregressa stipula di finanziamenti fruttiferi tra le due società e si ritiene che, sebbene utile a contestualizzare l'operazione nel complesso, poco siano rilevanti sotto il profilo dell'abusività dell'operazione. La necessità di ricorrere poi alla scissione di cassa è dovuta anche alle ragioni economiche dell'operazione: una fusione avrebbe comportato anche l'unione di rischi operativi diversi tra le due società e pertanto non risultava utile allo scopo, mentre l'aumento di capitale “diretto” da parte dei soci (che avrebbero ricevuto

¹⁷⁹ Committeri G.M., Cerrai A., *Scissione di sola liquidità e abuso del diritto*, in *Il Fisco*, 21/2023.

¹⁸⁰ Risposta ad interpello del 21 marzo 2023, n. 263, Agenzia delle Entrate.

¹⁸¹ L'ammontare complessivo del finanziamento della holding verso la beneficiaria è pari ad 80 milioni di euro a cui vanno sommati gli interessi pattuiti, mentre la scissione mira a trasferire liquidità per 105 milioni di euro.

dividendi da parte della holding, assoggettati a tassazione con un'aliquota pari al 26% ai sensi dell'art. 47 del Testo Unico) avrebbe avuto il pregio di incrementare il gettito erariale, privando la beneficiaria di parte della liquidità necessaria per raggiungere lo scopo sociale. Una risposta come quella fornita all'istante da parte dell'Amministrazione non considera la legittimità di un'operazione densa di sostanza economica raggiunta tramite uno schema che permetta un risparmio (lecito) d'imposta come invece l'art. 10bis, comma 4 dello Statuto del Contribuente, ammette.

4.3.1. Scissione mediante scorporo e tratti elusivi.

Alla luce delle recenti novità in tema di scissione introdotte dall'art. 51, comma 3, del D.Lgs. n. 19 del 2 marzo 2023 vale la pena approfondire quelli che sono i possibili profili elusivi della scissione mediante scorporo su cui, data la recentissima introduzione, non sono presenti numerosi documenti di prassi né di giurisprudenza.

L'operazione si caratterizza per avere alcuni tratti in comune con il conferimento, in quanto la scissa assegna parte del proprio patrimonio ad una o più newco, ma ottenendo in cambio partecipazioni delle stesse newco beneficiarie anziché essere assegnate ai soci della scissa; l'impatto patrimoniale su quest'ultima sarà pertanto nullo sotto il profilo quantitativo. La natura dell'operazione porta al coinvolgimento solo di beneficiarie di nuova costituzione e all'impossibilità dell'assegnazione totale del patrimonio della scissa, che può essere solo limitata a rami aziendali o singoli beni, oltre che in regime di continuità contabile senza l'emersione di maggior valori patrimoniali.

Sia da un punto di vista fiscale che relativo all'abuso del diritto è Assonime¹⁸² ad approfondire alcuni aspetti su cui l'Agenzia delle Entrate sarà chiamata a fornire chiarimenti agli operatori: in modo particolare, trattandosi di una particolare tipologia di scissione si concorda con l'associazione per cui sia necessario ricondurre la scissione mediante scorporo al principio generale di neutralità fiscale di cui all'art. 173 del Testo Unico: sarà quindi il valore dei beni trasferiti a delineare il valore di carico della partecipazione che la scissa riceve nella beneficiaria newco, che a sua volta si coordina perfettamente con la disciplina prevista dall'art. 176, comma 1 del Testo Unico in tema

¹⁸² Circolare n. 14 del 2023, Assonime.

di conferimento¹⁸³. Secondo l'associazione è applicabile anche alla scissione mediante scorporo l'art. 176, comma 4, del Testo Unico – rilevante in tema di applicazione del regime della participation exemption – per cui le partecipazioni ottenute dalla scissa ereditano il periodo di possesso del compendio trasferito: tale soluzione è pragmatica in quanto la partecipazione trae il proprio valore sulla base dei beni trasferiti alla beneficiaria precedentemente inseriti nel bilancio della scissa, per cui una diversa disposizione sarebbe stata priva di senso in un'operazione come quella oggetto d'analisi. Tuttavia, non sempre ciò che viene trasferito costituisce un ramo aziendale¹⁸⁴, ma possono essere costituiti singoli beni che possono trovare diversa collocazione nello stato patrimoniale della scissa: Assonime argomenta che nel caso i beni trasferiti siano ricompresi nell'attivo circolante, l'applicazione del regime pex sarebbe esclusa. È opinione dello scrivente che di maggiore interesse possa essere il caso in vengano trasferiti beni “immobilizzati” e non, su cui si concorda con l'associazione nell'utilizzo del metodo della prevalenza nel valutare il requisito pex relativo all'iscrizione tra le immobilizzazioni finanziarie. Il dubbio legato al trasferimento di beni nell'attivo circolante non pone alcun tipo di problematica, semplicemente dovendo considerare che se il bene è iscritto presso l'attivo circolante si tratterà di un investimento a breve durata, per cui non sarà in alcun caso ascrivibile la partecipazione ricevuta tra le immobilizzazioni finanziarie, venendo meno il requisito previsto dall'art. 87 per l'applicazione della participation exemption.

Nel caso della scissione tramite scorporo non vi sono particolari considerazioni da fare in merito ad uno dei temi del presente elaborato, il riporto delle perdite fiscali, in quanto non vi è alcun rischio di compensazione intersoggettiva della posizione fiscale dato il coinvolgimento di beneficiarie di nuova costituzione; tuttavia, sono di particolare interesse i possibili profili elusivi e abusivi che ruotano attorno all'operazione in analisi data la presenza di benefici fiscali dati dato che sia il conferimento di singoli beni, quanto il conferimento di partecipazioni (salvo i casi in cui non venga applicato il regime di realizzo controllato) sono operazioni realizzative atte a generare materia imponibile nella misura del valore di mercato del bene (art. 9 del Testo Unico) oppure sottoforma di

¹⁸³ Nel caso del conferimento, l'art. 176 del TUIR prevede che il valore attribuito alla partecipazione ricevuta dalla conferente debba essere quello del valore fiscale del compendio conferito.

¹⁸⁴ È questo il tratto fondamentale della scissione mediante scorporo. Nel caso di conferimento, infatti, si rende necessaria l'attribuzione di un ramo d'azienda o dell'azienda, mentre nel caso di scissione tale condizione non risulta necessaria.

plusvalenze. Per il soggetto, la scelta di ricorrere alla scissione mediante scorporo piuttosto che al semplice conferimento deve essere considerata legittima – concordando quindi con la tesi espressa da Assonime – e che i vantaggi fiscali non debbano essere considerati in alcun modo illeciti data la facoltà concessa dal legislatore ai soci della scissa in quanto realizzati in piena concordanza con le disposizioni fiscali senza alcuna forzatura. In più, la compatibilità dell'operazione di scissione mediante scorporo con il conferimento dovrebbe far pronosticare all'Agenzia delle Entrate come la cessione successiva delle partecipazioni da parte della scissa non rappresenti un'operazione abusiva (art. 176, comma 3 del Testo Unico), sia perché l'acquirente della partecipazione non deduce alcun costo ad essa legato, sia perché lo spostamento della tassazione dai beni di primo grado a quello di secondo grado (la partecipazione ceduta) è il risultato di un'operazione pienamente conforme all'ordinamento tributario, permessa da quest'ultimo, per cui sono ritraibili vantaggi fiscali che non hanno nessuno dei caratteri previsti per considerarli illeciti ai sensi della norma generale antiabuso.

Capitolo V – Operazioni di acquisizione con indebitamento: riporto delle perdite e disciplina antiabuso nelle operazioni di Leveraged Buy Out.

5.1. Quadro introduttivo dell'operazione.

5.1.1. Le finalità e tipologie dell'operazione.

Le operazioni di acquisizione con indebitamento (nel proseguo anche “LBO” o “Leveraged Buy Out”) costituiscono una modalità di aggregazione tra società particolare rispetto alla fusione descritta precedentemente nell’elaborato o l’acquisizione di altra società. Nel caso di specie viene utilizzata una nuova società (c.d. “società veicolo”) la quale ricorrerà all’indebitamento finanziario al fine di acquisire la società target: quest’ultima fornirà la garanzia del creditore per il debito contratto. Di fatto, la società target con i propri risultati reddituali e con i propri flussi di cassa permetterà il rientro della posizione debitoria aperta dalla società veicolo.

L’operazione di LBO può articolarsi in diverse forme sulla base dei soggetti coinvolti, ma che hanno in comune il ricorso all’indebitamento: ad esempio si parla di *turnaround buy out* per definire l’operazione in cui un investitore istituzionale (tipicamente un fondo d’investimento) identifica e acquisisce l’azienda target; ancora, il *management buy-out* (MBO) è un’operazione attraverso la quale il management della società target progetta e conclude l’operazione, diventando così proprietari della stessa – nel caso invece sia un management “esterno” a predisporre l’operazione si è di fronte ad un *management buy-in*. Frequentemente, inoltre, la società veicolo e la società target procedono alla fusione: si tratta del c.d. “Merger Leveraged Buy-Out”, in cui la società veicolo viene costituita al solo fine di predisporre l’operazione in quanto destinata successivamente alla fusione (diretta nel caso in cui la società veicolo incorpori la società target, altrimenti inversa). La società veicolo nel caso di specie acquisisce passività finanziarie a breve termine al fine di acquisire la società target, per poi procedere alla fusione e trasformare l’obbligazione a breve in una a medio-lungo termine sfruttando gli asset dell’incorporata per garantire il debito.

Trattandosi di una particolare tipologia di fusione, non sono diverse le finalità per cui l’operazione viene posta in essere: rappresenta comunque una modalità di crescita esterna

con i benefici tipici quali riduzione di costi dovuto al raggiungimento di economie di scala. Tuttavia, l'acquisizione tramite ricorso all'indebitamento è necessaria qualora la società target abbia determinati asset (brand, posizionamento di mercato, range di prodotti) che devono essere mantenuti anche posteriormente all'operazione; pertanto, l'operazione di LBO costituisce il mezzo per acquisire una realtà già affermata e posizionata nel mercato di riferimento senza modificare alcun aspetto della società target. Inoltre, l'operazione di LBO permette di ottenere determinati vantaggi per i soggetti che la predispongono: un fondo d'investimento, o altro soggetto può sfruttare maggiormente l'effetto della leva finanziaria per ampliare il proprio portafoglio d'investimento, diversificandolo in diversi settori – o in diversi segmenti di mercato all'interno dello stesso settore – o ancora, sfruttare la leva finanziaria per creare un portafoglio d'investimento integrato lungo la stessa catena del valore. Nel caso in cui sia il management a portare avanti l'operazione (sia essa un management buy-out o management buy-in) si tratta invece di una soluzione obbligata qualora questo voglia, per le più svariate ragioni, acquisire non solo il controllo ma anche la proprietà della società fino a quel momento amministrata.

5.1.2. Aspetti civilistici ed evoluzione normativa.

La disciplina civilistica prevista per l'operazione di acquisizione con indebitamento nasce con la riforma del diritto societario del 2003, attraverso la quale è permesso – grazie all'introduzione dell'art. 2501bis del Codice civile – realizzare operazioni di *“fusione a seguito di acquisizione con indebitamento”*. Prima dell'entrata in vigore della citata riforma non era ammesso dall'ordinamento l'operazione di LBO in quanto era ritenuta in violazione di due disposizioni civilistiche in merito alla sottoscrizione e all'acquisto di azioni proprie¹⁸⁵.

¹⁸⁵ Si tratta dell'art. 2357, comma 1 e 5, del Codice civile per cui *“la società non può acquistare azioni proprie se non nei limiti degli utili distribuibili e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio regolarmente approvato. Possono essere acquistate soltanto azioni interamente liberate”* e *“le disposizioni del presente articolo si applicano anche agli acquisti fatti per tramite di società fiduciaria o per interposta persona”*. Anche l'art. 2358 del Codice civile pone dei limiti in merito all'acquisto con ricorso all'indebitamento di azioni proprie: *“la società non può, direttamente o indirettamente, accordare prestiti, né fornire garanzie per l'acquisto o la sottoscrizione delle proprie azioni, se non alle condizioni previste dal presente articolo”*.

Al momento della stesura del presente elaborato, l'operazione di fusione è ammessa ma sono previsti ulteriori obblighi pubblicistici previsti per fornire una maggiore e migliore informativa a tutti i soggetti coinvolti nell'operazione, specialmente coloro che non hanno modo di agire attivamente sul disegno della stessa.

Il primo comma dell'art. 2501bis del Codice civile definisce l'ambito applicativo dei successivi commi: la norma spiega i propri effetti qualora l'incorporante abbia usufruito di debiti per acquisire il controllo della società target (o anche nel caso in cui, insieme alle partecipazioni già detenute, acquisisca un'ulteriore quota di capitale tale per cui ne acquisisce il controllo), e nel caso in cui *“il patrimonio di quest'ultima viene a costituire garanzia generica o fonte di rimborso di detti debiti”*¹⁸⁶.

Nel progetto di fusione, oltre agli elementi previsti dal successivo art. 2501ter (generalità delle società coinvolte, l'atto costitutivo dell'incorporante, il rapporto di cambio, le modalità di assegnazione delle quote dell'incorporante, la decorrenza agli utili di tali quote) è necessario indicare le risorse necessarie per soddisfare le passività della società risultante dalla fusione. Non solo il progetto di fusione subisce delle specifiche modifiche, ma anche due degli altri documenti che compongono la dote documentale civilisticamente prevista per la fusione: sia la relazione dell'organo amministrativo, sia quella degli esperti deve racchiudere informazioni aggiuntive rispetto a quelle ordinariamente richieste. Per il primo documento è richiesta l'indicazione delle ragioni che giustificano l'operazione di LBO, nonché la redazione di un piano economico e finanziario necessario per esplicitare l'origine delle risorse finanziarie e la descrizione degli obiettivi che si intendono raggiungere tramite l'operazione. In merito alla relazione degli esperti invece, è richiesto, oltre al pronunciamento circa le modalità di calcolo e le ipotesi alla base del rapporto di cambio, che l'esperto attesti la ragionevolezza delle indicazioni fornite nel progetto di fusione: quindi è necessaria un'ulteriore conferma dall'esperto circa l'adeguatezza delle risorse che nel progetto sono destinate al soddisfacimento delle obbligazioni contratte dalla società che risulta dalla fusione.

Il comma 5 dell'art. 2501bis del Codice civile impone anche al soggetto che si occupa della revisione legale dei conti di una delle due società di relazionare ai soggetti interessati circa l'attendibilità dei dati di bilancio e l'assenza di errori significativi su cui è stato predisposto il piano finanziario ed economico contenuto nella relazione dell'organo amministrativo.

¹⁸⁶ Art. 2501bis del Codice civile.

Alle operazioni di LBO non è estesa la disciplina della procedura semplificata prevista nei casi di incorporazione di società interamente possedute, o di società possedute al novanta per cento di cui agli articoli 2505 e 2505bis del Codice civile.

5.2. Brevi accenni alla fiscalità dell'operazione di acquisizione con indebitamento, disciplina del riporto delle perdite fiscali.

Prima di procedere con l'analisi nel dettaglio della disciplina del riporto delle perdite nelle operazioni di MLBO, è utile accennare brevemente ai principali aspetti legati alla fiscalità dell'operazione in oggetto: innanzitutto, il Leveraged Buy-Out altro non è se non una modalità di acquisizione di azioni o quote della società target e pertanto la fiscalità maggiormente interessante, ma non rilevante ai fini dell'elaborato, riguarda il cedente in quanto vengono a realizzarsi plusvalori che formano materia imponibile. In particolare, nel caso il cedente sia una persona fisica la plusvalenza sarà pari alla differenza tra il corrispettivo percepito e il costo di acquisto della partecipazione maggiorato di ogni onere inerente (art. 67 del Testo Unico); nel caso in cui il cedente sia un soggetto passivo IRES possono verificarsi i presupposti di applicazione del regime della participation exemption di cui all'art. 87 del T.U.I.R.: in tal caso – verificato l'holding period¹⁸⁷, l'iscrizione presso le immobilizzazioni finanziarie, la residenza in un Paese che non abbia un regime fiscale privilegiato e lo svolgimento di attività commerciale – la plusvalenza sarà imponibile nel limite del cinque per cento dell'ammontare e soggetta ad un'imposta con aliquota pari al 26%.

Di maggiore interesse è la fiscalità della successiva fusione tra società target e società veicolo: si tratta in ogni caso di fusione ed è pertanto applicabile la disciplina prevista dall'art. 172 del Testo Unico e già approfondita nel presente elaborato. La particolarità dell'operazione di MLBO è la dote di interessi passivi generatasi a seguito dell'accensione dei finanziamenti della società veicolo per acquisire quella target: ebbene, il comma 7 dell'art. 172 del Testo Unico limita la possibilità di dedurre gli interessi passivi ai casi in cui vengano superati i test di vitalità. Il problema che viene a delinearsi è dovuto alla presenza della società veicolo, la quale, essendo neocostituita non potrà mai superare i test di vitalità (i quali, si ricorda, hanno come oggetto di valutazione

¹⁸⁷ Per holding period si intende “l'ininterrotto possesso dal primo giorno del dodicesimo mese precedente quello dell'avvenuta cessione considerando cedute per prime le azioni o quote acquisite in data più recente” della partecipazione oggetto di cessione.

l'ammontare dei ricavi, il costo del personale e il numero di personale impiegato negli anni anteriori a quello di efficacia dell'operazione), nonché avrà delle difficoltà a dedurre gli interessi passivi in forza dell'assenza di ROL caratteristico. In realtà, ai fini della deducibilità degli interessi passivi, è intervenuta l'Agenzia delle Entrate¹⁸⁸ chiarendo che è possibile dedurre gli interessi passivi maturati a seguito dei prestiti concessi dalla società veicolo al fine di acquistare la società target: quindi, nei limiti di quanto previsto dall'art. 96 del Testo Unico¹⁸⁹ è possibile abbattere il reddito della società che risulta dalla fusione nonché, per le eventuali eccedenze sempre inerenti all'operazione, di accogliere eventuali istanze di interpello disapplicativo¹⁹⁰.

5.2.1. Riporto delle perdite fiscali nelle operazioni di LBO e MLBO.

Nei paragrafi precedenti è stato delineato uno dei possibili schemi con cui viene operata un'operazione di LBO: il passo successivo può consistere nella fusione delle due società, diventando così un Merged Leveraged Buy Out. Quest'ipotesi rientra nell'ambito applicativo dell'art. 172, comma 7, non solo per quanto concerne la deducibilità degli interessi passivi ma anche con riferimento al riporto delle perdite, per utilizzarle in abbattimento del reddito della società che risulta dalla fusione. Le società coinvolte nell'operazione (quindi non solo la società target, ma anche la società veicolo) devono, al fine del riporto, superare il test di vitalità nonché rispettare i vincoli patrimoniali: lo scopo dell'art. 172, comma 7 è quello di evitare la compensazione intersoggettiva di perdite, interessi passivi o quote di ACE.

¹⁸⁸ Circolare del 30 marzo 2016, n. 6/E, Agenzia delle Entrate.

¹⁸⁹ La disposizione recita: *“Gli interessi passivi e gli oneri finanziari assimilati, compresi quelli inclusi nel costo dei beni ai sensi dell'articolo 110, comma 1, lettera b), sono deducibili in ciascun periodo d'imposta fino a concorrenza dell'ammontare complessivo:*

a) degli interessi attivi e proventi finanziari assimilati di competenza del periodo d'imposta;

b) degli interessi attivi e proventi finanziari assimilati riportati da periodi d'imposta precedenti ai sensi del comma 6.

L'eccedenza degli interessi passivi e degli oneri finanziari assimilati rispetto all'ammontare complessivo degli interessi attivi e proventi finanziari assimilati di cui alle lettere a) e b) del comma 1 è deducibile nel limite dell'ammontare risultante dalla somma tra il 30 per cento del risultato operativo lordo della gestione caratteristica del periodo d'imposta e il 30 per cento del risultato operativo lordo della gestione caratteristica riportato da periodi d'imposta precedenti ai sensi del comma 7.”

¹⁹⁰ Nella circolare 6/E l'Agenzia invita *“gli Uffici ad esaminare nuovamente le contestazioni aventi ad oggetto tali rilievi, per valutarne la fondatezza sulla base dei chiarimenti appena forniti.”*

Si procede ora ad analizzare la disciplina facendo specifico riferimento alla sua applicazione nel caso dell'operazione in esame: l'ammontare di perdita riportabile è limitata al rialzo, per un importo pari all'ammontare di patrimonio netto risultante dal bilancio oppure, se inferiore, quello risultante dalla relazione di cui all'art. 2501quater del Codice civile. Nella visione delle società coinvolte sicuramente la SPV (special purpose vehicle – società veicolo) avrà una situazione patrimoniale per cui non sarà possibile dedurre alcuna sua perdita in quanto, con tutta probabilità, il proprio patrimonio netto sarà nullo o negativo, risentendo dell'ammontare di debito iscritto nelle passività del proprio Stato patrimoniale; inoltre, secondo il dettato letterale dell'art. 172, comma 7 del TU.I.R., tale patrimonio dovrebbe essere rettificato in diminuzione dei versamenti e o conferimenti dei due anni anteriori. Al proposito, l'Amministrazione finanziaria li ha definiti *“fisiologici nell'ambito della realizzazione di un'operazione di MLBO e, pertanto, non rivolti a “consentire un pieno, quanto artificioso, recupero delle perdite fiscali”*”¹⁹¹ ciò risulta coerente con un'interpretazione maggiormente “aperta” rispetto alla norma letterale tuttavia, data la scarsa rilevanza della patrimonializzazione della società veicolo con apporti propri dei soci e la notevole mole di debito contratta, lo scrivente sospetta una ratio volta a fornire maggiore chiarezza all'applicazione della norma nel caso concreto, senza produrre un significativo impatto ai fini del riporto delle perdite nelle operazioni di MLBO. La tesi dell'Agenzia delle Entrate risulta ulteriormente corroborata da altri documenti di prassi¹⁹², nonché di matrice giurisprudenziale per cui *“è richiesto, quindi, che la società veicolo sia costituita mediante conferimenti, effettuati dal socio, di assets che abbiano una connessione strategica con l'attività che si intende acquisire, di modo che consentano di perseguire il ragionevole obiettivo economico preposto”*¹⁹³.

Per la società target invece, non sono presenti particolari peculiarità o difficoltà data la necessità di valutare quale sia il patrimonio netto da prendere come riferimento e successivamente definire l'ammontare massimo di perdite riportabili¹⁹⁴.

¹⁹¹ Circolare del 30 marzo 2016, n. 6/E, Agenzia delle Entrate.

¹⁹² Risposta ad interpello del 24 dicembre 2018, n. 127, Agenzia delle Entrate; Risposta ad interpello del 13 febbraio 2020, n. 465, Agenzia delle Entrate; Risposta ad interpello del 21 marzo 2022, n. 127 e 128, Agenzia delle Entrate.

¹⁹³ Corte di Cassazione, Ordinanza del 1° marzo 2022, n. 6623.

¹⁹⁴ Il caso è difficilmente verificabile nella realtà economica: la società target, di fatto, garantisce con i propri assets nonché con i propri risultati economici e di cash flow alle obbligazioni contratte dalla SPV con cui si accinge a completare la fusione.

Un secondo requisito, previsto dall'art. 172, comma 7, ai fini del riporto delle perdite fiscali nelle operazioni di fusione è il già approfondito superamento dei tre test di vitalità: mentre per la società target non c'è alcuna problematica legata alla valutazione in quanto si tratta - al più - di una società con bilanci pregressi sui quali effettuare le verifiche, diversa è la situazione per la società veicolo. Un'interpretazione letterale del dettato normativo precluderebbe qualsiasi possibilità di riporto delle perdite in quanto semplicemente è inesistente la serie di bilanci storici in quanto trattasi di società neocostituita: è facilmente intuibile come – al netto della possibilità di presentazione di un'istanza di interpello disapplicativo ai sensi dell'art. 11, comma 2 dello Statuto del Contribuente – se non venisse diversamente intesa la vitalità nel caso di specie si avrebbero delle negative ripercussioni, oltre che dal punto di vista fiscale, anche sulla convenienza dell'operazione stessa. L'Agenzia delle Entrate ha fornito una chiave di lettura più ampia e coerente con le operazioni di Leveraged Buy Out e Merged Leveraged Buy Out, prevedendo comunque la necessità di verificare la vitalità della società coinvolta, ma parametrandola ad elementi diversi da quelli, irreperibili, di bilancio: la SPV per esplicita previsione di prassi si considera “*vitale, svolgendo funzioni strumentali alla realizzazione dell'operazione di MLBO*”¹⁹⁵. In altri casi l'Amministrazione finanziaria aveva ammesso la valutazione della vitalità della società che riporta le perdite sulla base di metodi diversi da quelli previsti dall'art. 172, comma 7, del Testo Unico¹⁹⁶, ma nel caso di un'operazione come quella in esame la considerazione fatta dall'Agenzia risulta di poco aiuto: la società veicolo è specificamente costituita per adempiere alla procedura, non intende realizzare alcuno scopo sociale se non acquisire le partecipazioni della società target, e il proprio periodo di vita è strettamente limitato a quello necessario per completare anche la fusione con quest'ultima. L'interpretazione fornita dall'Ufficio lascia intendere, a parere di chi scrive, una sostanziale ammissione tout court della vitalità della SPV: difficilmente questa svolgerà ruoli diversi da quelli per cui è stata costituita, essendo un mero “mezzo” e non un fine dell'LBO e della successiva fusione. Questa apertura, ritenuta corretta, presuppone la necessità di definire nel dettaglio una disciplina specifica per il riporto delle perdite nell'operazione oggetto di analisi nel presente capitolo: ammesso e non concesso che la società veicolo non funga solamente da strumento per la realizzazione della fusione, qualora codesto utilizzo comporti un

¹⁹⁵ Circolare del 30 marzo 2016, n. 6/E, Agenzia delle Entrate.

¹⁹⁶ Risoluzione del 29 dicembre 2002, n. 337/E, Agenzia delle Entrate.

beneficio fiscale illecito e l'operazione presenti tutti i caratteri tipici di un abuso (assenza di sostanza economica, mancanza di motivazione all'infuori dell'ottenimento del beneficio illecito) l'Amministrazione finanziaria potrà muovere le proprie contestazioni alle parti contestando il disegno posto in essere tenendo presente la libertà concessa al contribuente di scegliere di disegnare un'operazione che permetta un risparmio fiscale lecito, non in contrasto con le logiche di mercato. Una sorta di "art. 172, comma 7bis", in cui sia esclusa l'applicabilità dei limiti altrimenti previsti per qualsiasi altra operazione nei casi di LBO seguito da un'operazione di Merged Leveraged Buy Out, limitatamente alla società veicolo: una disposizione simile aiuterebbe anche a snellire e velocizzare l'operazione stessa a tutto vantaggio della pratica imprenditoriale, dato per obbligatoria la presentazione di interpello disapplicativo nel caso dell'operazione di specie. Questa supposta integrazione normativa troverebbe anche giustificazioni dalle aperture previste non solo per quanto concerne la prova della vitalità ma anche risulterebbe coerente con l'esclusione dei conferimenti in sede di costituzione dall'esclusione prevista dall'art. 172, comma 7 del Testo Unico in quanto considerati "fisiologici".

5.3. Prassi e giurisprudenza sul riporto delle perdite fiscali e correlata disciplina antiabuso nelle operazioni di LBO e MLBO.

Il riporto delle perdite nei casi di LBO e Merged Leveraged Buy Out prevede il superamento dei già citati limiti patrimoniali ed economici, salvo la possibilità di disapplicazione connessa dal legislatore all'art. 172, comma 7, preordinata all'avallo dell'Agenzia delle Entrate: con una sequenza di adempimenti simili, è facilmente intuibile come esistano numerosi casi di interpello, nonché pronunce della giurisprudenza a proposito dell'abusività dell'operazione. È utile fare memoria, ai fini della trattazione del presente paragrafo, che l'attuale disciplina generale antiabuso prevista dall'art. 10bis della legge n. 212 del 2000 (Statuto del Contribuente) definisce chiaramente quelli che sono i tratti di un'operazione abusiva: assenza di sostanza economica e di ragioni diverse dall'indebito beneficio fiscale e, appunto, un beneficio fiscale considerabile come illecito ottenuto con forzature di norme fiscali.

Nel precedente paragrafo si ha già avuto modo di approfondire l'importanza dei chiarimenti forniti agli operatori dall'Agenzia delle Entrate con la circolare n. 6/E del 2016, ora si approfondirà l'applicazione del dettato di prassi in alcuni casi specifici. In

particolare, in una risposta ad interpello¹⁹⁷ l’Agenzia è giunta alla conclusione di poter disapplicare il dettato dell’art. 172, comma 7 in un caso di MLBO successivo ad un’operazione con indebitamento limitatamente alla SPV senza alcuna “condizione” data l’eccedenza di perdite e di interessi passivi traevano la propria ragion d’essere nell’operazione stessa. Più articolato è invece il trattamento delle stesse eccedenze per la società target: non trattandosi di una società di nuova costituzione, l’indagine necessaria interessa la serie storica di ricavi e costo del personale: quest’ultima, tuttavia, non risultava disponibile non avendo la società sostenuto spese in tal senso. Coerentemente con la ratio legis è stata provata la vitalità della società anche senza il superamento del test di vitalità inerente al numero assoluto di personale impiegato nonché il relativo costo, provando inoltre la mancanza di depotenziamento dell’attività sociale della società target che avrebbe consentito all’Agenzia di impedire il riporto delle eccedenze di perdite. Ciò che risulta interessante è il riferimento posto dall’istante per cui *“per effetto dell’intervenuta acquisizione, [...], si è verificato un effettivo cambio di controllo (c.d. "change of control") della Società, passata nella titolarità esclusiva di Beta che fino a quel momento non aveva mai avuto alcun rapporto partecipativo con la stessa ovvero con la precedente compagine sociale di Alfa”*, con lo scopo di specificare come l’operazione non si sia concretizzata in un’operazione “circolare” per cui le compagini sociali delle società coinvolte fosse la medesima. Anche in altri casi¹⁹⁸ l’Agenzia ha disapplicato il comma 7 dell’art. 172 del Testo Unico, ad esempio in quanto per specifica scelta operativa venivano esternalizzati i servizi di gestione degli immobili della società target attraverso la cessione del ramo di azienda ad essi connesso, provando comunque la vitalità della società target e senza nulla contestare alla SPV in quanto le proprie eccedenze fossero propedeutiche all’operazione.

In ciascuno degli interpelli succitati, l’Agenzia delle Entrate si è limitata (coerentemente con lo scopo dell’istituto) ad una decisione in merito alla disapplicazione di limiti al riporto di eccedenze di perdite fiscali derivanti da una norma ad hoc prevista dall’ordinamento tributario, con scopo antielusivo e antiabuso, al fine di evitare compensazioni delle stesse eccedenze tra soggetti diversi e privi di vitalità: non si è espressa in merito alla possibilità che, indipendentemente dal disegno presentato dall’istante e dalle cifre riferite, l’operazione possa essere congegnata al fine

¹⁹⁷ Risposta ad interpello del 13 febbraio 2020, n. 57, Agenzia delle Entrate.

¹⁹⁸ Risposta ad interpello del 3 aprile 2020, n. 101, Agenzia delle Entrate.

dell'ottenimento di un illecito beneficio fiscale generando possibili contestazioni da parte dell'Amministrazione ai sensi dell'art. 10bis dello Statuto del Contribuente. Non sono rare le pronunce della giurisprudenza in merito all'abuso nelle operazioni oggetto di analisi in questo capitolo, e risultano particolarmente d'interesse ai fini dell'elaborato in quanto il focus si sposta dalla vitalità dell'impresa e dalla possibilità di riportare le perdite in diminuzione dei redditi della società risultante dall'MLBO alla verifica degli elementi che caratterizzano un'operazione abusiva: la Suprema Corte si è pronunciata¹⁹⁹ in merito ad un caso di MLBO in cui un socio della società veicolo deteneva una quota di partecipazione pari alla metà del capitale della target. Di fatto, con l'operazione era stata mutata la compagine sociale limitatamente alla metà restante, facendo emergere la possibilità che si possa essere verificata un'operazione circolare volta soltanto ad ottenere vantaggi fiscali dati dalla deducibilità degli interessi passivi generatisi a seguito dell'esposizione debitoria della SPV, venendo quindi a mancare – potenzialmente – la sostanza economica e gli interessi extra fiscali nell'operazione.

In realtà, procedendo all'analisi del caso sulla base degli elementi costituenti abuso secondo l'art. 10bis dello Statuto del Contribuente non è possibile verificare la discordanza tra l'operazione portata a termine con le ordinarie prassi di mercato ancorché deve essere concesso il lecito vantaggio fiscale dato dall'ottenere il controllo della società target attraverso uno strumento giuridicamente lecito e coerente, oltre che economicamente vantaggioso sotto la sfera fiscale (art. 10bis, comma 4, l. 212/2000)²⁰⁰. Per quanto concerne l'assenza di sostanza economica e la mancanza di altre ragioni all'infuori di quelle fiscali, si nota come questo in realtà sia stato – si ritiene, coerentemente – ritenuto non vero da parte della Cassazione (invero la stessa posizione tenuta anche dalla Corte di Giustizia Tributaria regionale competente nella sentenza di secondo grado), che di fatto l'operazione così designata abbia una propria ratio, in quanto l'assetto proprietario viene mutato (sebbene non completamente) e l'operazione di Merged Leveraged Buy-Out rappresenta il legittimo mezzo con cui tale finalità sia stata raggiunta.

¹⁹⁹ Corte di Cassazione, sentenza del 16 gennaio 2019, n. 868.

²⁰⁰ *"Il divieto di comportamenti abusivi, fondati sull'assenza di valide ragioni economiche e sul conseguimento di un indebito vantaggio fiscale, non vale ove quelle operazioni possano spiegarsi altrimenti che con il mero conseguimento di risparmi di imposta poiché va sempre garantita la libertà di scelta del contribuente tra diverse operazioni comportanti anche un differente carico fiscale"*, Corte di Cassazione, sentenza del 16 gennaio 2019, n. 868.

In merito alla possibile elusività di una c.d. “operazione circolare” si è pronunciata la Commissione Tributaria provinciale di Milano²⁰¹ per cui è esclusa la potenzialità elusiva dell’operazione in cui avvenga una modifica reale della compagine sociale rispetto a quella esistente in epoca anteriore alla fusione, nonché viene esclusa la limitazione della verifica sull’abuso dell’operazione di MLBO al confronto tra la compagine sociale della società target precedente e successivo alla fusione: tuttavia, tale precisazione della Corte è da contestualizzare nel caso in cui “*questi ultimi posseggano, al termine del MLBO, partecipazioni di minoranza.*”. Nulla viene detto nel caso in cui la compagine sociale resti invariata anche per la maggioranza o interezza del capitale sociale della società target: è opinione dello scrivente che la mancanza di tale – specifica – allusione da parte della Corte debba essere interpretata nel senso della possibile sufficienza del mantenimento della compagine sociale per considerare elusiva un’operazione di MLBO. Per quanto concerne, in linea generale, la valutazione nel merito dell’abuso in un’operazione di MLBO in cui la proprietà della maggioranza del capitale sociale non varia o ne resti immutata per la sua totalità si ritiene che questa debba essere fatta tenendo presente il dettato dell’art. 10bis della l. 212 del 2000 valorizzando l’illecito beneficio fiscale, piuttosto che l’assenza di sostanza economica. La composizione qualitativa e quantitativa della compagine sociale della società target pre e post fusione può risultare uno degli elementi utili per verificare la sussistenza dei requisiti sopracitati (in particolare, l’assenza di sostanza economica dell’operazione) in quanto innalzare l’importanza di tale elemento ad un livello “sostanziale” e non solo “indiziario” rischia di includere tra le operazioni abusive disegni che invece hanno spiccata sostanza economica: si prenda in considerazione il caso in cui venga utilizzata l’operazione di Merged Leveraged Buy-Out e prima di essa, un’acquisizione con indebitamento, al fine di escludere dalla compagine sociale soci di minoranza non graditi. In tal caso si presenta il contesto opposto rispetto all’ultima sentenza citata: resta immutata la maggioranza del capitale, escludendo la minoranza e ottenendo il controllo totale delle quote della società target. È chiaro che la sostanza economica non può essere messa in discussione, in quanto si è prodotto un cambiamento che - se supportato da valide ragioni²⁰² - permette di ottenere vantaggi esogeni al beneficio fiscale (comunque lecito in tal caso) di usufruire di capitale di debito (con le ripercussioni di cui all’art. 96 del Testo Unico) per raggiungere lo scopo.

²⁰¹ Commissione Tributaria Provinciale di Milano, sentenza n. 9999 del 10 dicembre 2015.

²⁰² Ad esempio, si pensi ad un caso in cui la minoranza sia di proprietà di una società, la quale è in sofferenza dal punto di vista reputazionale in misura tale da apportare danni alla società target.

Medesima opinione la si ha nel caso in cui resti immutata la totalità della compagine sociale della società target: tuttavia, in questo specifico caso, sebbene vadano verificate le condizioni previste dalla norma che indicano la presenza di intento abusivo nell'operazione, risulta particolarmente difficile immaginare come l'operazione di acquisizione con indebitamento e successiva fusione tra società di proprietà dei medesimi soggetti abbia motivazioni diverse da quelle dell'ottenimento di un vantaggio fiscale illecito attraverso la forzatura nell'utilizzo di norme giuridiche e fiscali. Anche dal punto di vista della sostanza economica l'operazione teorizzata presenterebbe notevoli pretesti per generare dubbi circa la presenza della stessa: nulla cambia circa la composizione sociale, salvo la presenza nel bilancio post fusione di eccedenze di perdite fiscali e interessi passivi utili per abbattere i futuri redditi prodotti. In tale caso non si ritiene applicabile l'art. 10bis, comma 4, la libertà riconosciuta al contribuente da tale comma presuppone che venga progettata un'operazione "reale" attraverso la scelta di strumenti che consentano di ottenere un vantaggio fiscale. Inoltre, un contraddittorio simile l'Agenzia delle Entrate procederebbe con l'annullamento degli effetti del disegno elusivo, portando alla non riportabilità di nessuna eccedenza, e ricalcolando l'imposta elusa sulla base dell'"operazione legittima" che in tale circostanza risulterebbe essere coincidente con la situazione in cui tale operazione non fosse mai stata progettata e portata a compimento.

Non solo tra le fonti giurisprudenziali vi sono casi interessanti ai fini della comprensione del rapporto tra le eccedenze di posizioni fiscali (perdite) e disciplina antiabuso: una risposta meritevole di approfondimento è quella fornita dall'Agenzia delle Entrate ad un interpello disapplicativo dell'art. 172, comma 7 in un caso di LBO e successiva fusione inversa tra le società coinvolte²⁰³. Ebbene, una società "Uno" detiene partecipazioni totalitarie in "Due" e "Tre": si decide di procedere alla vendita della partecipazione in "Due" alla società "Tre" (preesistente ma inutilizzata, una "scatola vuota"), la quale onera il corrispettivo a "Uno" ricorrendo all'indebitamento per poi fondere la società target ("Due") con la SPV ("Tre"). La risposta fornita dall'Ufficio non concede all'istante la disapplicazione delle limitazioni di cui all'art. 172, comma 7, questo in quanto in altro documento di prassi si ammette la disapplicazione dei vincoli al riporto delle perdite *"salvo che, nei singoli casi, non si riscontrino altri specifici profili di artificiosità"*

²⁰³ Risposta ad interpello del 19 gennaio 2023, n. 84, Agenzia delle Entrate.

dell'operazione, così come posta in essere nel caso concreto, come nel caso in cui all'effettuazione dell'operazione di LBO abbiano concorso i medesimi soggetti che, direttamente o indirettamente, controllano la società target."²⁰⁴.

Le molteplici motivazioni utilizzate dall'Agenzia delle Entrate per giustificare il diniego alla disapplicazione dei vincoli al riporto delle perdite e delle altre eccedenze vertono sull'intero impianto dell'operazione, vengono contestati infatti:

- La non incidenza dell'insieme di operazione nel controllo della società target;
- La struttura del gruppo, con particolare riferimento ai soci delle società coinvolte;
- La forzatura nel considerare come società veicolo una società preesistente;
- L'ammontare del debito contratto da "Tre" non è servito ad acquisire il controllo di "Due", bensì per generare liquidità per *"finanziare l'acquisto già effettuato dell'intera partecipazione"* di "Uno" in "Due";
- Il risultato dell'operazione esula dall'ordinaria operazione di LBO in quanto l'effetto "netto" dell'operazione è stato l'indebitamento di "Due";

di fatto, le contestazioni mosse dall'Ufficio rappresentano – per buona parte – valutazioni inerenti al riporto delle perdite e interessi passivi alla luce dei chiarimenti forniti dalla circolare 6/E del 2016: rispetto ad una classica operazione di LBO-MLBO in cui viene costituita ex novo una società che apre una linea di credito per acquisire il controllo della società target, nel caso di specie non mancano sicuramente quei profili di artificiosità posti come esimente alla concessione della disapplicazione dei limiti al riporto. La struttura del gruppo permette di comprendere fino in fondo le motivazioni – corrette, a parere dello scrivente – per cui viene vietato il riporto: rispetto alla struttura ex ante, nulla cambia fatta salva la presenza degli interessi passivi utili ai fini fiscali ai sensi dell'art. 96 del Testo Unico, la partecipante "Uno" deteneva già il 100% del capitale sociale di "Due" e "Tre"; lasciando "dormiente" l'impropria SPV o ponendola in liquidazione eliminandola dalla struttura di gruppo, senza realizzare alcuna acquisizione con indebitamento e alcuna fusione, la società "Uno" avrebbe comunque detenuto il totale controllo su "Due".

Inoltre, come chiarito nella circolare precedentemente citata, nel caso di una classica operazione di acquisizione con indebitamento è permesso l'utilizzo delle posizioni

²⁰⁴ Circolare del 30 marzo 2016, n. 6/E, Agenzia delle Entrate.

soggettive della SPV, nonostante l'impossibilità di superare alcun test di vitalità, semplicemente provando la funzionalità della società veicolo e dei relativi debiti alla realizzazione dell'operazione. Nel caso di specie ciò non può dirsi verificato per alcuni motivi: innanzitutto, il debito contratto è – come correttamente segnalato dall'Ufficio – utile a finanziare l'acquisto della società “Due” da parte della “Uno” (fatto tramite liquidità senza ricorso all'indebitamento) quindi le perdite connesse ad esso non sono da ritenersi funzionali all'operazione; la società veicolo non è neocostituita, pertanto dovrebbe essere assoggettata al normale test di vitalità previsto dall'art. 172, comma 7 del Testo Unico – la giustificazione dell'istante per cui per ragioni opportunistiche è stata utilizzata la società “vuota” non risulta una giustificazione che permetta di considerare l'impropria SPV come neocostituita beneficiando della diversa valutazione della vitalità, in quanto non si capisce quale ingente aggravio di costo venga subito nel caso di costituzione di una vera e propria società veicolo.

Queste ragioni sarebbero già sufficienti ai fini del divieto al riporto delle perdite nel caso di specie, l'Agenzia delle Entrate tuttavia si spinge oltre nelle proprie valutazioni entrando nel campo di applicazione dell'art. 10bis dello Statuto del Contribuente al fine di valutare l'eventuale abuso connesso alla serie di operazioni realizzate, arrivando al punto da considerare il maggiore ammortamento connesso all'utilizzo delle differenze da fusione per l'affrancamento dell'attivo fiscale ai valori contabili come *“indebito poiché sia la previsione dell'articolo 176, comma 2-ter, del TUIR, applicabile anche alle fusioni e alle scissioni [...] hanno introdotto regimi opzionali di imposizione sostitutiva in occasione delle operazioni di conferimento, fusione e scissione, al fine di favorire il riavvicinamento del reddito imponibile all'utile di bilancio [...] sul presupposto che le predette operazioni, che ne costituiscono l'ambito oggettivo, integrino un reale intento riorganizzativo”*²⁰⁵. È opinione di chi scrive che tali valutazioni dell'Amministrazione finanziaria, disponendo delle informazioni fornite direttamente attraverso l'istanza dal contribuente – sebbene integrabili con ulteriore documentazione richiesta dall'Ufficio stesso – rappresentino un'“eccedenza” rispetto allo strumento utilizzato dell'interpello disapplicativo: quest'ultimo verte sulla richiesta di disapplicazione di specifica norma dell'ordinamento tributario, mentre le argomentazioni a proposito dell'abusività dell'operazione rappresentano, di norma, il contenuto di un'altra tipologia di interpello: quello antiabuso. Gli elementi utilizzati dall'Agenzia per giungere a determinate

²⁰⁵ Risposta ad interpello del 19 gennaio 2023, n. 84, Agenzia delle Entrate.

conclusioni – meritevoli di approfondimento – possono costituire il cardine che le permette di muovere, presso la Corte di Giustizia Tributaria territorialmente competente, contestazioni all’istante che andranno poi sottoposte all’attenzione del Magistrato, il quale emetterà sentenza. L’Agenzia contesta tutti gli elementi descritti dall’art. 10bis della l. 212/2000 qualificanti un’operazione abusiva: si è già citato un esempio di vantaggio fiscale illecito, ma viene sottolineata l’assenza di sostanza economica nonché la mancanza di altre ragioni esogene alla sfera fiscale, l’utilizzo forzato di norme tributarie al fine di ottenere un vantaggio fiscale illecito, la divergenza dalle logiche di mercato dell’operazione in esame. In effetti, risultano difficilmente contestabili le obiezioni sollevate dall’Agenzia: in merito all’assenza di sostanza economica nulla cambia nella catena di controllo delle società coinvolte in quanto nella società target il controllo è esercitato dal medesimo socio unico rispetto all’epoca anteriore all’LBO, non appare altra ragione se non quella di sfruttare l’art. 96 del Testo Unico per abbattere l’imponibile (oltre al riporto delle perdite, che tuttavia è stato bloccato dall’Ufficio), e la progettazione dell’operazione diverge dai tradizionali Leveraged Buy Out in quanto viene forzatamente adibita a società veicolo una partecipata “dormiente”, il soggetto coinvolto in ciascuna delle decisioni in merito all’operazione è la compagine sociale di “Uno” che è anche l’unica che mantiene il totale controllo come in epoca antecedente.

Quello dell’interpello sopracitato non è l’unico caso in cui l’Agenzia delle Entrate considera come abusiva un’operazione circolare particolarmente articolata: in un altro caso²⁰⁶ l’istante (facente parte di un gruppo d’imprese e costituendone il livello più basso) si fonde con una società veicolo anch’essa al livello inferiore della gerarchia di gruppo. La capogruppo con un’operazione che coinvolge non solo soggetti italiani acquista, ricorrendo all’indebitamento, la totalità delle partecipazioni di una società. Successivamente, con una serie di operazioni di finanziamento intrattenute dalle società di livello gerarchicamente inferiore, si è ottenuto l’effetto di traslare il debito inizialmente contratto dalla capogruppo per la compravendita alla società veicolo. L’obiettivo dell’istante è quello di ottenere il benestare dall’Agenzia delle Entrate al riporto delle posizioni fiscali senza i limiti previsti dall’art. 172, comma 7, del Testo Unico. Rispetto al caso precedente, l’inappropriatezza della qualificazione della società veicolo è rappresentata non dalla propria esistenza ex ante, quanto piuttosto al fatto che essa ricopre

²⁰⁶ Risposta ad interpello del 21 marzo 2022, n. 142, Agenzia delle Entrate.

il tale ruolo per un effetto di “*debt pushdown*”²⁰⁷ dal vertice del gruppo fino alla propria base: l’Agenzia notando come l’operazione sia artificiosa e volta ad ottenere un vantaggio fiscale dato dal riporto delle posizioni fiscali bocchia l’operazione come abusiva, traendo la conclusione per cui “*non sembra che vi sia una connessione (che non vada oltre la mera corrispondenza quantitativa) tra il debito traslato sulla I (società target) mediante la fusione (cd. push down) e la provvista finanziaria necessaria all’acquisto della stessa*”²⁰⁸. In sede di interpello antiabuso (e non disapplicativo come nel caso dell’interpello 84/2023) l’Ufficio si è correttamente concentrato sugli aspetti chiave rilevanti ai fini dell’applicazione dell’art. 10bis della l. 212/2000: il vantaggio fiscale è da considerarsi illecito in quanto ottenuto forzando norme tributarie nonché in contrasto con la finalità delle stesse; l’operazione non ha alcuna sostanza economica – sulla base di ciò che l’istante fornisce ai fini della valutazione – se non quella di permettere alla target di usufruire di benefici fiscali che derivano, però, da traslazioni di debito attraverso finanziamenti infragruppo mentre l’ammontare di debito originariamente contratto è a monte della piramide; la società veicolo non può considerarsi tale, ma semplicemente una normale impresa neocostituita su cui viene confluito un ammontare di debito proveniente da altra società del gruppo – aspetto che definisce in sé l’artificialità dell’operazione, la non inerenza della società veicolo nell’operazione e la divergenza rispetto ad un normale MLBO in cui è direttamente la SPV a contrarre obbligazioni al fine della compravendita della target. Inoltre, si ricorda come è necessario che siano gli asset della target che, attraverso la fusione, diventino garanzia per il creditore del debito contratto²⁰⁹: nel caso di specie invece, per il debito inizialmente contratto dalla capogruppo per l’acquisto dovrebbe essere il patrimonio di quest’ultima a fornire ragionevole sicurezza della solvibilità, mentre la target semplicemente fornisce garanzia all’impropria società veicolo circa un finanziamento infragruppo.

Un’altra risposta ad interpello antiabuso²¹⁰ dell’Agenzia delle Entrate risulta interessante: l’istante (la società target) intende modificare la propria compagine sociale,

²⁰⁷ Con “*debt pushdown*” si intende quella serie di meccanismi realizzati con lo scopo di “spingere verso il basso” un ammontare di debito in capo all’acquirente di una società, fino al livello della società operativa target oggetto di acquisizione.

²⁰⁸ Risposta ad interpello del 21 marzo 2022, n. 142, Agenzia delle Entrate.

²⁰⁹ L’art. 2501bis, comma 1, cita: “*Nel caso di fusione tra società, una delle quali abbia contratto debiti per acquisire il controllo dell’altra, quando per effetto della fusione il patrimonio di quest’ultima viene a costituire garanzia generica o fonte di rimborso di detti debiti, si applica la disciplina del presente articolo*”.

²¹⁰ Risposta ad interpello del 5 agosto 2020, n. 242, Agenzia delle Entrate.

precedentemente frammentata, per permettere ad un socio preesistente di acquisire la maggioranza del capitale sociale e inserire un manager della società target tra la compagine sociale con una quota di minoranza (tra gli altri soci alcuni monetizzano parzialmente l'investimento, altri recedono totalmente dalla società). Per giungere a tale scopo, si intende costituire una società SPV con la medesima compagine sociale che acquisirà la target, attingendo ad un prestito bancario per l'acquisto delle partecipazioni. Ebbene, l'operazione così presentata dall'istante viene giudicata abusiva dall'Ufficio, il quale ravvisa sia un vantaggio fiscale illecito, sia l'assenza di sostanza economica, quanto la non coerenza dello strumento utilizzato alla finalità descritta e l'assenza di ragioni extra fiscali "non marginali". Nel caso di specie vengono meno le principali ragioni che hanno portato l'Agenzia a definire abusive le operazioni descritte negli altri interpelli: la progettazione dell'operazione è pienamente coerente con uno schema tradizionale di acquisizione con indebitamento, la SPV è di nuova costituzione, il prestito bancario è direttamente finalizzato all'acquisizione delle partecipazioni e viene modificato l'assetto sociale rispetto alla situazione ex ante. L'Ufficio riconosce l'obiettivo riorganizzativo descritto dall'istante, ciononostante viene considerata abusiva in quanto permette il raggiungimento del vantaggio fiscale dato dall'eludere la ritenuta sui redditi da capitale (limitatamente ai soci che detenevano quote di partecipazione in epoca anteriore rispetto all'operazione): secondo l'Agenzia delle Entrate sarebbe stato possibile attraverso il recesso dei soci (parziale e totale, a seconda del socio) e il contestuale ingresso del nuovo socio, il tutto prevedendo che sia *"previamente concordato con gli altri soci"*²¹¹. Sebbene anche in tal caso l'effetto sia la riorganizzazione sociale si è concorde con la dottrina nel sostenere che *"riflettendo sulla coerenza dell'istituto in commento in rapporto agli scopi perseguiti nell'istanza, è utile osservare che il risultato della redistribuzione delle quote prodotto dal recesso tipico non è contemplabile tra le finalità dell'istituto, bensì semplicemente tra le sue conseguenze"*²¹² e che pertanto lo strumento più adatto sia l'MLBO, piuttosto che il recesso (per cui deve essere valutata la fattibilità al fine di non venir meno ai vincoli patrimoniali minimi previsti per le società di capitali). Inoltre, al fine dell'illeceità del vantaggio fiscale, merita di essere ricordata la libertà riconosciuta dal legislatore con l'art. 10bis, comma 4 dello Statuto del Contribuente in merito alla scelta di regimi fiscali meno onerosi al fine di compiere una determinata operazione.

²¹¹ Risposta ad interpello del 5 agosto 2020, n. 242, Agenzia delle Entrate.

²¹² Torracca P., *La risposta dell'agenzia delle entrate in tema di MLBO e abuso del diritto*, in Tax News, 2-2020.

La scelta dell'MLBO per portare a compimento la riorganizzazione sociale, oltre che alla presenza all'interno del nuovo assetto societario di una maggioranza solida detenuta da colui che rivestiva precedentemente il ruolo di presidente del CDA e rappresentante legale, unita all'entrata nella proprietà del precedente general manager indica contemporaneamente la presenza sia di sostanza economica, sia di ragioni extrafiscali non marginali di carattere gestionale, sia di coerenza dell'operazione con le normali logiche di mercato. L'Agenzia apparentemente ignora che sebbene il ruolo di presidente del CDA fosse già proprio del socio, la nuova percentuale di possesso della società target gli permette di rafforzare il proprio ruolo, fornire stabilità alla società; inoltre, con la presenza del manager tra i soci si ottengono molteplici benefici a partire dalla convergenza degli interessi tra proprietà e management, nonché impedire allo stesso di uscire dalla società rafforzando le fila dei competitor. È opinione dello scrivente che la posizione dell'Agenzia sia volta ad incrementare il gettito fiscale, forzatamente considerando abusiva un'operazione che non ha alcun elemento proprio dell'abuso come inteso dall'art. 10bis dello Statuto del Contribuente; in più, ignori la concretezza e la comprensione della realtà economica necessaria nella valutazione, come provato dal rapporto parafrasato dell'art. 10bis in merito alla sostanza economica²¹³, sottintendendo un'elusione dall'esplicare all'istante le motivazioni dietro l'assenza di sostanza economica.

²¹³ L'Agenzia scrive: “*appare priva di sostanza economica, in quanto inidonea a produrre effetti significativi diversi dai descritti vantaggi fiscali*”.

Conclusione

Il sistema tributario nazionale deve essere basato su un'imposizione impostata attorno alla capacità contributiva del contribuente ai sensi dell'art. 53 della Costituzione: nell'ipotesi in cui esso produca una perdita fiscale anziché un reddito imponibile, ciò deve essere tenuto in considerazione al fine di ottemperare all'obbligo costituzionalmente previsto. Lo scopo è raggiunto con un sistema basato su un limite quantitativo al riporto delle perdite e sulla c.d. compensazione verticale delle stesse sui futuri redditi prodotti dal soggetto: ebbene, nel corso dell'elaborato si sono analizzate altre modalità di riporto (adottate in altri Paesi quali il c.d. loss carry back) nonché le conseguenze comportate dall'adozione dell'attuale sistema di riporto. È invero che il riporto all'indietro delle perdite consentirebbe al contribuente di gestire meglio un periodo di crisi, nonché che il limite quantitativo fissato all'80% (salvo le perdite delle c.d. start up) trova alcuna della propria ragion d'essere in virtù della tutela del gettito fiscale cara all'erario: tuttavia, il disegno del riporto delle perdite così come previsto dal legislatore costituisce un buon compromesso per permettere al contribuente di essere effettivamente tassato sulla base della propria capacità contributiva (sebbene ciò sia compromesso dal raggiungimento dello scopo a partire dall'esercizio successivo e, eventualmente, i successivi), senza dover ricorrere a manovre di *refreshing* delle perdite al solo fine di poterle sfruttare nella loro interezza anche scaduto il previgente limite temporale del quinto anno successivo.

Alcune considerazioni invece meritano di essere prese in considerazione per quanto concerne il riporto delle perdite nelle operazioni straordinarie di fusione: oltre ad alcuni dubbi circa la non considerazione del test di vitalità inerente al numero assoluto di personale previsto dall'art. 172, comma 7 del Testo Unico, il limite principale rispetto al test di vitalità previsto nel caso della fusione è rappresentato dalla mancata presa in considerazione – in linea generale – dei versamenti o dei conferimenti effettuati dai soci nei 24 mesi anteriori alla data a cui si riferisce la situazione patrimoniale salvo l'esclusione dei contributi o versamenti previsti da norma di legge. Ebbene, si ritiene che taluni versamenti (derivanti ad esempio dalla necessaria ricapitalizzazione delle società di capitali prevista dalla normativa civilistica qualora vengano meno i requisiti minimi patrimoniali per ciascuna società) non debbano essere presi in considerazione nell'esclusione, nonché che i versamenti derivanti da legge non possano essere tout court irrilevanti ai fini del limite precedentemente citato. La risoluzione del problema può

essere rappresentata da una previsione normativa più precisa e volta ad enunciare un principio, o la ratio, sulla base della quale debbano essere esclusi determinati versamenti o conferimenti. Inoltre, a proposito della posizione dell’Agenzia delle Entrate sarebbe opportuno che essa tenga una condotta consona con la prassi economica e con la realtà imprenditoriale senza limitarsi ad applicare ed interpretare in maniera passiva e rigida il dettato normativo di cui alla norma: ciascuna norma dell’ordinamento tributario ha una specifica ratio e quella dei test di vitalità e dei limiti previsti al riporto delle perdite fiscali trova la propria nel voler evitare una compensazione di posizioni fiscali intersoggettiva con una c.d. bara fiscale. Tale ratio deve essere presa sempre in considerazione nelle risposte di prassi, nel caso in cui venga meno la possibilità – per ragioni di business – di superare uno o più test di vitalità (in particolar modo quello riferibile al personale), e in ogni altro caso in quanto è sulla base di essa che deve essere valutato il divieto o la concessione al riporto delle perdite.

In merito, invece, all’operazione di scissione la considerazione non si discosta molto – sul piano dei principi – con quella fatta per l’operazione di fusione: è necessario tenere sempre chiara la ratio dell’articolo 173, comma 10, nonché quella della norma generale antiabuso la quale mira ad evitare un’illegittima compensazione di perdite fiscali tra soggetti privi di vitalità, ed evitare il distorto utilizzo di norme dell’ordinamento tributario per abbattere illecitamente l’imponibile. L’impostazione dell’Ufficio, invece, risulta particolarmente rigida ad esempio sul tema degli spin-off immobiliari nonostante molto spesso ciò rappresenti la conseguenza di un’altra operazione, scindendo il ramo immobiliare da quello commerciale in quanto l’acquirente non è interessato alla gestione extra caratteristica dell’impresa scissa; oppure, il continuo rammentare al contribuente il fatto che la società beneficiaria o scissa non debbano diventare meri contenitori e non produrre l’effetto di “spostare la tassazione dai beni di primo grado (immobili o altri) ai beni di secondo grado (partecipazioni)” usufruendo di un risparmio fiscale su cui lo scrivente nutre dei dubbi.

In tema di Leveraged Buy-Out e successiva fusione (MLBO) si è già espresso il parere secondo cui possa essere utile una disciplina specifica non solo a livello civilistico, ma anche a livello fiscale, delineando i criteri secondo cui sia possibile considerare la SPV come “preordinata al raggiungimento dello scopo” e pertanto esonerarla dai test descritti dall’ordinaria previsione normativa dell’art. 172, comma 7 del Testo Unico. Ciò avrebbe l’effetto di evitare la presentazione sistematica di interPELLI disapplicativi da parte del contribuente ai fini della disapplicazione dei limiti al riporto delle perdite e delle altre

posizioni fiscali della società veicolo, snellendo e velocizzando la procedura e fornendo chiare indicazioni al contribuente stesso nell'approcciarsi ad una simile operazione: una disposizione specifica e chiara potrebbe ad esempio fornire i caratteri che devono essere sempre presenti nella società veicolo al fine di poterla considerare propedeutica al raggiungimento dello scopo dell'acquisizione della target. Ad esempio, l'obbligatorietà della costituzione ex novo della società veicolo, piuttosto che il diretto impiego dell'ammontare chiesto a debito al fine della sola acquisizione delle quote sociali della società target (problematiche che sono emerse nei documenti di prassi analizzati, e contestati – correttamente – da parte dell'Agenzia delle Entrate) sono elementi che potrebbero completare la proposta di norma fiscale specifica per l'MLBO.

Uno dei principali argomenti della presente tesi riguarda la norma generale antiabuso prevista dall'art. 10bis dello Statuto del Contribuente: ebbene, in tal senso è necessario dare atto alla volontà del legislatore di sostituire la previgente tecnica casistica di contrasto all'abuso e all'elusione fiscale con una disciplina che invece prevede la descrizione dei criteri e dei tratti che caratterizzano un'operazione che intenda usare forzatamente norme fiscali per abbattere la materia imponibile. Con l'art. 10bis della legge 212 del 2000 vengono risolte le principali problematiche del previgente art. 37bis del d.pr. 600/1973 (collocazione normativa, ambito applicativo) fornendo al contribuente, all'Amministrazione finanziaria e all'apparato giudiziario competente una norma che meglio si è adattata e si adatterà alle evoluzioni future della prassi imprenditoriale: sarebbe difficilmente immaginabile il proseguire con una tecnica normativa casistica in un momento storico in cui l'economia e il sistema economico, nella figura dei suoi partecipanti, mutano in maniera repentina, con nuove soluzioni ideate dagli stessi o ereditate magari da altre regioni del mondo. Basti pensare negli ultimi decenni a quanti aggiustamenti, ampliamenti normativi sarebbero stati necessari per chiudere le "zone grigie" che a mano a mano venivano create nelle varie operazioni. Concentrare, invece, la propria attenzione nel "cosa si vuole contrastare" piuttosto che "l'evitare che l'abuso venga reiterato" rappresenta sicuramente un passo in avanti notevole in quanto è scarsamente probabile che l'elusione e l'abuso cambino i propri caratteri, mentre è certo che gli operatori economici saranno abili a trovare nuove modalità di aggirio ad una disciplina casistica costantemente costretta alla rincorsa. Il pregio della vigente norma generale antiabuso non è solo quello della diversa tecnica legislativa o della sua collocazione all'interno di una legge specifica, ma è anche quello di riconoscere la facoltà del contribuente di scegliere un regime fiscale concesso dalla norma che gli consente di

ottenere un lecito risparmio fiscale (art. 10bis, comma 4, l. 212/2000): questo rappresenta un aspetto su cui pare che l'Ufficio abbia poca propensione a sottolinearlo nei casi in cui è chiamato a rispondere ad un interpello antiabuso, concentrandosi quasi esclusivamente sull'illeceità del vantaggio fiscale nonché sull'assenza di sostanza economica. È necessario tenere comunque di conto – sebbene non sia materia strettamente correlata all'elaborato – che la stessa legge 212 del 2000, inerisce i rapporti tra contribuente e Amministrazione finanziaria, i quali, secondo l'art. 10, comma 1 dello Statuto del Contribuente *“sono improntati al principio della collaborazione e della buona fede.”*

Un aspetto legato alla posizione di prassi che è stato notato nel corso della stesura dell'elaborato riguarda lo sconfinamento, da parte dell'Ufficio, nel contenuto normalmente previsto nelle risposte ad interPELLI disapplicativi: in tal caso il contribuente utilizza l'istituto per chiedere all'Agenzia delle Entrate la disapplicazione dei limiti previsti al riporto delle perdite fiscali. La risposta dell'ente dovrebbe essere limitata a valutare le ragioni per cui tali limiti possano essere disapplicati nel caso di specie, in modo tale da fornire all'istante la consulenza necessaria. Tuttavia, capita (come esempio si prenda a riferimento la risposta ad interpello disapplicativo n. 84/2023 commentata nel capitolo V) che l'Ufficio entri nel merito dell'abusività dell'operazione, quasi come se trattasse di una risposta ad un interpello antiabuso. Di fatto, l'Ufficio fornisce consulenza anche in merito all'abuso dell'operazione descritta dall'istante, entrando nel merito dell'illeceità del vantaggio fiscale, nonché disconoscendo tale beneficio. Sebbene l'Agenzia delle Entrate abbia il potere nonché la competenza a contrastare l'abuso del diritto chiedendo, qualora gli elementi forniti dal contribuente siano insufficienti un'integrazione della dote documentale, nel caso in cui l'istante presenti un interpello disapplicativo è utile che l'Agenzia mantenga la propria risposta entro i confini di detto interpello, eventualmente ricordando al contribuente come la stessa possa riservarsi di effettuare adeguati controlli per verificare il possibile abuso o elusione dell'operazione posta in essere dal contribuente.

In conclusione, si ritiene che l'impianto normativo per il riporto delle perdite costituisca un compromesso accettabile tra necessità erariali, coerenza costituzionale e realtà economica; per quanto concerne il contrasto all'abuso, sebbene la norma abbia subito miglioramenti di cui si è giovato in termini di chiarezza e efficacia, resta sempre la necessità di un confronto tra contribuente ed Ufficio basato su buona fede e correttezza, intesa anche come la tenuta in considerazione da parte dell'Agenzia delle ragioni imprenditoriali dietro determinate scelte del contribuente e non solo limitato a logiche di

“semplice” applicazione della norma descritta dall’art. 10bis dello Statuto del Contribuente.

Bibliografia

Articoli su rivista:

AA.VV, *Commento all'art. 84*, in LEO MAURIZIO, *Le imposte sui redditi nel testo unico – Tomo II*, Milano, 2022, p. 1452

AA.VV., *Commento all'art. 172*, in LEO MAURIZIO, *Le imposte sui redditi nel testo unico*, Milano, 2022, p. 3237

AA.VV, *Commento all'art. 173*, in LEO MAURIZIO, *Le imposte sui redditi nel testo unico*, Milano, 2022, p. 3297

ANDREANI G., *Sono elusive le operazioni di “merger leveraged buy out”?*, in *Corriere Tributario*, 14/2016

ANTONINI M., PAVESI E.C., *Modalità di attribuzione e riporto delle posizioni soggettive nell'ambito delle operazioni di scissione*, in *Il Fisco* 40/2022, 2022, p. 3829

BALZANELLI M., VALCARENGHI G., *La legge di bilancio premia le perdite delle start up, ma “alza la guardia” sulle operazioni straordinarie*, *il Fisco* 7/2017, 2017, p. 620

BARBAGELATA G., PISANO M., *I limiti al riporto delle perdite nei trasferimenti societari*, in *Corriere Tributario* 3/2023, p. 238

BEGHIN MAURO, *La “tassazione differenziale” e la “non opponibilità” al Fisco delle operazioni elusive*, in *Rivista di Diritto Tributario* 2/2016, p. 295

BONTEMPO F., *I chiarimenti dell'Agenzia delle entrate sulle acquisizioni con indebitamento*, in *Il Fisco* 17/2016, 2016, p. 1638

CARRIOLO F., *LBO: disapplicazione dei vincoli e valutazioni antiabuso*, in *Il Fisco* 45/2020, 2020, p. 4357

CARRIOLO F., *Fusioni e scissioni societarie: vitalità e patrimonio netto*, *il Fisco* 47-48/2018, 2018, p. 4538,

COMMITTERI G.M., LO RE C., *Riporto delle perdite limitato all'80% e senza limiti temporali anche per i soggetti IRPEF*, in *Corriere tributario* 46/2018, p. 3525

COMMITTERI G.M., CERRAI A., *Scissione di sola liquidità e abuso del diritto*, in *Il Fisco*, 21/2023.

COMMITTERI G.M., *Operazioni di Leveraged Buy Out: nella circolare molte luci e qualche ombra*, in *Il Fisco* 18/2016, p. 1753

COMMITTERI G.M., DI VITTORIO D., *Per il "pieno" riporto delle perdite nella scissione rileva anche il valore economico della beneficiaria*, in *Il Fisco* 29/2021, 2021, p. 2827

COMMITTERI G.M., *MLBO: approccio sostanzialistico dell'Agenzia sul riporto delle perdite e delle eccedenze di interessi ACE*, in *Il Fisco* 11/2020, 2020, p. 1033

COMMITTERI G.M., *La vitalità economica per le società partecipanti ad una fusione*, in *Corriere Tributario*, 5/2010

CONTE D., *Il discrimen tra abuso del diritto ed evasione fiscale: spunti per un inquadramento critico*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Tributario*, 2/2022

CORASANITI G., *Il dibattito sull'abuso del diritto o elusione nell'ordinamento tributario*, in *Diritto e pratica tributaria* 2/2016, 2016, p. 465

DE MARCO S., *La disciplina del riporto delle perdite fiscali tra Loss Carry Back e art. 53 Cost.*, in *Diritto e pratica tributaria* 3/2018, 2018, p. 1057

DE ROSA F., *Gli effetti del COVID-19 sul test di vitalità non fermano le fusioni del 2021*, in *Il Fisco* 32-33/2021, 2021, p. 3149

DENARO M., *Commento a Commissione tributaria regionale di Milano, Sez. XXXVI, Pres. Raineri, Est. Monterisi – Sent. N. 6353 del 17 ottobre 2016, dep. 1° dicembre 2016*, in *Nelle operazioni di fusione è legittimo il*

riporto delle perdite fiscali di periodo in assenza di attività elusiva, il Fisco 6/2017, 2017, p.588

DI SIENA M., *Considerazioni sul sezionamento fiscale del patrimonio netto della scissa a margine della più recente prassi interpretativa erariale e del principio di neutralità*, in Rivista di Diritto Tributario 4/2018, p. 483

DI SIENA M., *La Corte costituzionale ed il regime della responsabilità fiscale in caso di scissione: la specialità della materia tributaria preserva lo status quo*, in Rivista Trimestrale di Diritto Tributario, 2/2018

DEL FEDERICO L., TRAVERSA E., *Il nuovo regime punitivo dell'abuso del diritto in materia tributaria: disciplina nazionale e quadro europeo*, in Rivista Trimestrale di Diritto Tributario, 3-4/2017

FALSITTA G., *Note critiche intorno al concetto di abuso del diritto nella recentissima codificazione*, in Rivista di Diritto Tributario 6/2016, p. 707

FALSITTA G., *Unità e pluralità del concetto di abuso del diritto nell'ordinamento interno e nel sistema comunitario*, in Rivista di Diritto Tributario 4/2018, p. 333

FERRARA E., *Legittimo il riporto delle perdite con personale dato "in affitto"*, in Il Fisco 26/2020, 2020, p. 2524

FERRANTI G., *Le perdite sono utilizzabili anche se è omessa la dichiarazione*, in Il Fisco 12/2020, 2020, p. 1107

FICARI V., *Virtù e vizi della nuova disciplina dell'abuso e dell'elusione tributaria ex art. 10bis della l. n. 212/2000*, in Rivista Trimestrale di Diritto Tributario, 2/2016

FURIAN S., *Commento a Cassazione, Sez. trib., Pres. Virgilio, Est. Federici – Sent. N. 1035 del 27 settembre 2022, dep. Il 16 gennaio 2023*, in *Senza superamento del test di vitalità, perdite riportabili sono con interpello*, il Fisco 7/2023, 2023, p.686

GAIANI L., *Fusioni societarie: riporto perdite, consolidato fiscale e retrodatazione al vaglio dell’Agenzia delle Entrate*, in *Il Fisco* 46/2019, 2019, p. 4435

GALLO F., *L’abuso del diritto in materia fiscale nell’evoluzione della giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Rassegna tributaria* 4/2016, 2016, p.839

GALLO F., *La nuova frontiera dell’abuso del diritto in materia fiscale*, in *Rassegna tributaria* 6/2015, 2015, p.1315

GALLO F., *Brevi note sulla nozione di abuso del diritto in materia fiscale*, in *Rivista di Diritto Tributario* 4/2017, p. 429

GALLIO F., *Commento a Cassazione, Sez. trib., Pres. Piccininni, Est. Luciotti – Sent. N. 26697 del 12 ottobre 2016, dep. Il 22 dicembre 2016*, in *I versamenti dei soci per ricostruire il capitale sociale riducono l’importo delle perdite riportabili nella fusione*, *il Fisco* 7/2017, 2017, p.668

GALLIO F., *Disapplicazione delle norme antielusive sulla riportabilità delle perdite, interessi e ACE in caso di fusione*, in *Rivista di giurisprudenza tributaria* 4/2017, 2017, p. 367

GALLIO F., *Commento a Cassazione, Sez. trib., Pres. Cirillo, Est. D’Orazio – Ord. N. 19222 del 31 maggio 2019, dep. Il 17 luglio 2019*, in *In caso di fusione, è sempre possibile disapplicare la norma antielusiva relativa al patrimonio netto per il riporto delle perdite*, *il Fisco* 34/2019, 2019, p.3277

GUGLIOTTA G., *Operazioni di fusione e riportabilità di perdite e interessi passivi in assenza di spese del personale*, in *Il Fisco* 34/2015, 2015, p. 3244

FRANZESE E., MIELE L., *Trasferimento di immobili mediante scissione parziale non proporzionale*, in *Corriere Tributario*, n. 7, 2006

INGRAO G., *L’evoluzione dell’abuso del diritto in materia tributaria: un approdo con più luci che ombre*, in *Diritto e pratica tributaria* 4/2016, 2016, p. 1433

LEONE F., ZANELLA G., *La riportabilità degli asset fiscali nelle operazioni di fusione*, in *Il Fisco* 15/2022, 2022, p. 1423

LIBURDI D., SIORNI M., *Il divieto di riporto a nuovo delle perdite scatta anche nel caso di riduzione dell'attività*, in *Il Fisco* 39/2019, 2019, p. 3707

MARINI G., FRANCONI F., *Acquisizioni di complessi aziendali e fiscalità indiretta*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Tributario*, 2/2017

MARONGIU G., *Lo statuto dei diritti del contribuente*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Tributario*, 3/2016

MICHELUTTI R., *Fusione tra società consolidate: ancora incerto il riporto delle perdite*, in *Il Fisco* 24/2022, 2022, p. 2315

MONFREDINI P.S., *Riportabilità delle perdite nelle fusioni in caso di mancato superamento dei test di vitalità*, in *Il Fisco* 22/2020, 2020, p.2153

MONTANARI F., *La responsabilità tributaria nelle operazioni di scissione parziale: la deriva della Suprema Corte verso la salvaguardia della ragion fiscale (nota a Cass. N. 22225/2016)*, in *Rivista di Diritto Tributario*, 1/2018, p. 4

PACCHIAROTTI F., GUARINO S., *Dogmi e principi: riflessioni alla luce della recente pronuncia della Consulta sulla responsabilità tributaria in materia di scissione*, in *Rivista di Diritto Tributario* 1/2018, p. 13

PEPE F., *“Uso” e non più “abuso” : recenti trend amministrativi in materia di “spin-off” societari costituiti mediante scissione*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Tributario*, 4/2021

RAMPADO V., *Fusione inversa e riportabilità delle perdite e degli interessi passivi: interazione del patrimonio netto*, in *Il Fisco*, 13/2013

ROSSI L., *L'abuso del diritto nelle operazioni di scissione e di “leveraged buy out*, in *Corriere Tributario*, n.7/2015

ROSSI L., PRIVITERA A., *Riporto di perdite fiscali e interessi passivi nelle fusioni alla luce del nuovo abuso del diritto*, in *Corriere tributario* 10/2016, 2016, p.731

SORIGNANI P.R., BEATRICE M., *Il trattamento tributario delle perdite d'impresa: un quadro di insieme da riscrivere*, in *Il Fisco* 28/2018, 2018, p. 2725

TANCREDI M., ANGELUCCI S., *Riporto delle perdite: si applica la norma fiscale oppure il contribuente è sempre a rischio abuso?*, in *Il Fisco* 9/2022, 2022, p. 821

TARIGO P., *L'interpello disapplicativo di norme antielusive nella recente riforma*, in *Rassegna tributaria* 2/2017, 2017, p. 396

TORRACCA P., *La risposta dell'agenzia delle entrate in tema di MLBO e abuso del diritto*, in *Tax News*, 2-2020.

TORTORELLI M., *L'irrilevanza penale dell'abuso del diritto tributario (id est elusione fiscale)*, in *Diritto e pratica tributaria* 4/2017, 2017, p. 1525

TRETTEL S., *Perdite pregresse e attività di accertamento: l'Agenzia "apre" ai contribuenti.*, in *Il Fisco* 16/2019, 2019, p. 1535

VELLUZZI V., *Abuso del diritto ed interpretazione giuridica. Alcune questioni ed una proposta*, in *Rivista di diritto tributario*, 2019

Commentari, Libri e Opere Collettanee:

AA.VV., *Fisco 2023*, IPSOA, Milano, 2023

BEGHIN M., TUNDO F., *Manuale di diritto tributario*, Torino, 2020

BEGHIN M., *L'elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto*, Milano, 2021

BERTOLDI B., *La fusione*, in CEPPELLINI L., *Operazioni straordinarie*, Wolters Kluwer, Milano 2020, p. 997

CARDELLA P., *Commento all'art. 84*, in TINELLI G. (a cura di), *Commentario al Testo unico delle imposte sui redditi*, Padova, 2009, p. 671

COLLEONI C., LOMBARDI D., *La scissione*, in CEPPELLINI L., *Operazioni straordinarie*, Wolters Kluwer, Milano, 2020, p. 1167

DELLA VALLE E., FICARI V., MARINI G., *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, Torino, 2016

DELLA VALLE E., MARINI G., MIELE L., *La fiscalità delle operazioni straordinarie*, Torino, 2018

FALSITTA G., *Manuale di diritto tributario. Parte speciale: il sistema delle imposte in Italia*, Milano, 2018

GALLO F., SCOGNAMIGLIO G., *L'abuso del diritto in materia tributaria e gli istituti del diritto civile e commerciale*, Milano, 2019

INTERDONATO M., *Lezioni sull'IRPEF*, Bari, 2020

MACELLARI I., NESSI M., *Elusione e abuso del diritto*, in CEPPELLINI L., *Operazioni straordinarie*, Wolters Kluwer, Milano 2020, p. 393

MANCIN M., *Le operazioni straordinarie d'impresa – Normativa civilistica e rilevazioni contabili secondo i principi contabili OIC e IFRS*, Milano 2020

MARONGIU G. – MOSCHETTI F., *Commentario breve alle leggi tributarie – Tomo III: TUIR e leggi complementari*, a cura di FANTOZZI A., Padova, 2010, p. 416

MARONGIU G. – MOSCHETTI F., *Commentario breve alle leggi tributarie – Tomo I: Diritto costituzionale tributario e Statuto del Contribuente*, a cura di FALSITTA G., Padova, 2011, p. 573

MELIS G., *Manuale di diritto tributario*, Torino, 2019

ODOARDI F., *Commento all'art. 84*, in FALSITTA G. – FANTOZZI A. – PAPARELLA F., *Commento all'art. 172*, in FALSITTA G. – FANTOZZI A. – MARONGIU G. – MOSCHETTI F., *Commentario breve alle leggi tributarie – Tomo III: TUIR e leggi complementari*, a cura di FANTOZZI A., Padova, 2010, p. 860

PAPARELLA F., *Commento all'art. 173*, in FALSITTA G. – FANTOZZI A. – MARONGIU G. – MOSCHETTI F., *Commentario breve alle leggi tributarie – Tomo III: TUIR e leggi complementari*, a cura di FANTOZZI A., Padova, 2010, p. 870

PAPARELLA F., *Commento all'art. 172*, in TINELLI G. (a cura di), *Commentario al Testo unico delle imposte sui redditi*, Padova, 2009, p. 1496
PAPARELLA F., *Commento all'art. 173*, in TINELLI G. (a cura di), *Commentario al Testo unico delle imposte sui redditi*, Padova, 2009, p. 1516
SANTORO F., LUPI R., *L'abuso nel diritto civile e tributario*, Napoli, 2017
TINELLI G., *Istituzioni di diritto tributario*, Padova, 2013
URICCHIO, FELICE A., *Manuale di diritto tributario*, Bari, 2020
VILLANI M., *Abuso del diritto tributario*, Torino, 2017
VIOTTO A., *Lezioni sull'IRES delle società di capitali residenti*, Bari, 2020
ZIZZO G., *La clausola generale antiabuso, tra certezza del diritto ed equità del prelievo*, Pisa, 2022

Normativa, Circolari:

D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917
Legge 23 dicembre 1996, n. 662
Risoluzione ministeriale del 15 luglio 1997, n. 117E
D.Lgs. 08 ottobre 1997, n. 358
Relazione al D.Lgs. 08 ottobre 1997, n. 358
Circolare Ministeriale 19 dicembre 1997, n. 320/E
Circolare del 19 dicembre 1997, n. 320/E, Agenzia delle Entrate
Circolare Assonime 27 maggio 1998, n. 42
Legge 27 luglio 2000, n. 212
Risoluzione 3 novembre 2000, n.166, Agenzia delle Entrate
Risoluzione 30 novembre 2000, n. 220/E, Agenzia delle Entrate
Massima n. 3 del 6 febbraio 2001, Consiglio Notarile di Milano
Risoluzione 23 marzo 2001, n. 33, Agenzia delle Entrate
Risoluzione 15 novembre 2001, n. 183, Agenzia delle Entrate
Risoluzione 19 marzo 2002, n. 9/E, Agenzia delle Entrate

Risoluzione del 29 dicembre 2002, n. 337/E, Agenzia delle Entrate
D.Lgs. del 12 dicembre 2003, n. 344
Massima n. 27 del 2004, Consiglio Notarile di Milano
Circolare del 13 febbraio 2006, n. 6/E, Agenzia delle Entrate
D.L. 4 luglio 2006, n. 223
Risoluzione del 24 ottobre 2006, n. 116/E, Agenzia delle Entrate
Legge 27 dicembre 2006, n. 296
Circolare Assonime 11 gennaio 2007, n. 31
Risoluzione del 22 marzo 2007, n. 56/E, Agenzia delle Entrate
Risoluzione del 22 marzo 2007, n. 58/E, Agenzia delle Entrate
Circolare Assonime 12 aprile 2007, n. 20
Risoluzione 11 gennaio 2008, n. 143/E, Agenzia delle Entrate
Massima L.E.1, 1° Pubbl. 09/08, Comitato Triveneto dei Notai
Norma di comportamento 11 gennaio 2009, n. 176, Associazione Dottori
Commercialisti Milano
Risoluzione 30 giugno 2009, n. 168/E, Agenzia delle Entrate
Circolare del 9 marzo 2010, n. 9/E, Agenzia delle Entrate
Circolare Assonime 15 giugno 2010, n. 20
Risoluzione del 13 dicembre 2010, n. 129/E, Agenzia delle Entrate
Risoluzione del 9 maggio 2011, n. 54/E, Agenzia delle Entrate
Risoluzione del 9 maggio 2011, n. 134/E, Agenzia delle Entrate
Raccomandazione dell'Unione Europea, n. 2012/772/UE
Circolare del 24 settembre 2013, n. 31/E, Agenzia delle Entrate
D. Lgs. 5 agosto 2015, n. 128
Legge 28 dicembre 2015, n. 208
Circolare del 30 marzo 2016, n. 6/E, Agenzia delle Entrate
Circolare Assonime del 04 agosto 2016, n. 21
Risoluzione del 17 ottobre 2016, n. 93/E, Agenzia delle Entrate
Risoluzione del 3 novembre 2016, n. 101/E, Agenzia delle Entrate

Legge 11 dicembre 2016, n. 232
Risoluzione del 25 luglio 2017, n. 97/E, Agenzia delle Entrate
Risoluzione del 26 luglio 2017, n. 98/E, Agenzia delle Entrate
Risoluzione del 27 luglio 2017, n. 101/E, Agenzia delle Entrate
Circolare n. 1/2018, Guardia di Finanza
Principio di diritto del 15 ottobre 2018, n.6, Agenzia delle Entrate
Risposta ad interpello 15 novembre 2018, n. 70, Agenzia delle Entrate
Risposta ad interpello 17 dicembre 2018, n. 109, Agenzia delle Entrate
Risposta ad interpello 24 dicembre 2018, n. 127, Agenzia delle Entrate
Legge 30 dicembre 2018, n. 145
Risposta ad interpello 13 febbraio 2019, n.52, Agenzia delle Entrate
Circolare del 21 marzo 2019, n. 4/E, Agenzia delle Entrate
D.L. 30 aprile 2019, n. 34
Risposta ad interpello 20 maggio 2019, n. 148, Agenzia delle Entrate
Risposta a interpello 6 settembre 2019, n. 367, Agenzia delle Entrate
Risposta a interpello 15 ottobre 2019, n. 416, Agenzia delle Entrate
Risposta a interpello 7 novembre 2019, n. 469, Agenzia delle Entrate
Norma di comportamento 01 dicembre 2019, n. 206, Associazione Italiana
Dottori Commercialisti
Risposta a interpello 13 febbraio 2020, n. 57, Agenzia delle Entrate
Risposta a interpello 6 marzo 2020, n. 88, Agenzia delle Entrate
Risposta a interpello 3 aprile 2020, n. 101, Agenzia delle Entrate
Risposta a interpello 5 agosto 2020, n. 242, Agenzia delle Entrate
Risposta a interpello 6 agosto 2020, n. 248, Agenzia delle Entrate
Risposta a interpello 23 novembre 2020, n. 556, Agenzia delle Entrate
Risposta a interpello 31 dicembre 2020, n. 635, Agenzia delle Entrate
Risposta a interpello 10 maggio 2021, n. 316, Agenzia delle Entrate
Risposta a interpello 15 dicembre 2021, n. 813, Agenzia delle Entrate
Risposta a interpello 20 gennaio 2022, n. 39, Agenzia delle Entrate

Risposta a interpello 04 febbraio 2022, n. 73, Agenzia delle Entrate
Risposta a interpello 04 febbraio 2022, n. 74, Agenzia delle Entrate
Risposta a interpello 04 febbraio 2022, n. 75, Agenzia delle Entrate
Risposta a interpello 04 febbraio 2022, n. 76, Agenzia delle Entrate
Risposta a interpello 04 febbraio 2022, n. 77, Agenzia delle Entrate
Circolare del 1° marzo 2022, n. 6/E, Agenzia delle Entrate
Risposta a interpello 14 marzo 2022, n. 111, Agenzia delle Entrate
Risposta a interpello 21 marzo 2022, n. 127, Agenzia delle Entrate
Risposta a interpello 21 marzo 2022, n. 128, Agenzia delle Entrate
Risposta a interpello 21 marzo 2022, n. 133, Agenzia delle Entrate
Risposta a interpello 21 marzo 2022, n. 142, Agenzia delle Entrate
Risposta a interpello 23 marzo 2022, n. 152, Agenzia delle Entrate
Circolare del 1° agosto 2022, n. 31/E, Agenzia delle Entrate
Risposta a interpello 12 ottobre 2022, n. 503, Agenzia delle Entrate
Legge 29 dicembre 2022, n. 197
Risposta a interpello 19 gennaio 2023, n. 84, Agenzia delle Entrate
Circolare del 22 maggio 2023, n. 14, Assonime

Principi contabili nazionali (OIC)

Principio contabile OIC n. 4, *Fusione e scissione*

Giurisprudenza

Corte d'Appello del Tribunale di Milano, decreto del 12 gennaio 2001

Corte di Cassazione, Sentenza 21 gennaio 2009, n. 1465

Corte di Cassazione, Sentenza 23 dicembre 2008, n. 30055

Corte di Cassazione, Sentenza 23 dicembre 2008, n. 30056

Corte di Cassazione, Sentenza 23 dicembre 2008, n. 30057

Corte di Cassazione, Sentenza 12 maggio 2011, n. 10383
Corte di Cassazione, Sentenza 30 novembre 2011, n. 21390
Corte di Cassazione, Sentenza 26 febbraio 2014, n. 4604
Corte di Cassazione, Sentenza 19 marzo 2014, n. 6415
Commissione Tributaria Provinciale di Milano, Sentenza 10 dicembre 2015,
n. 1002/24/15
Commissione Tributaria Provinciale di Milano, Sentenza 10 dicembre 2015,
n. 9999
Corte di Cassazione, Sentenza 8 settembre 2016, n. 17757
Corte di Cassazione, Sentenza 12 ottobre 2016, n. 26697
Commissione Tributaria Regionale Lombardia Milano, Sez. XXXVI,
Sentenza 17 ottobre 2016, n. 6353
Corte di Cassazione, Sentenza 16 gennaio 2019, n. 868
Commissione Tributaria di I grado di Trento, Sentenza 20 marzo 2019, n.
32.01.2019
Corte di Cassazione, Ordinanza 31 maggio 2019, n. 19222
Corte di Cassazione, Sentenza 28 maggio 2020, n. 10117
Tribunale di Novara, Decreto 8 settembre 2020, n. 2366/20209
Corte di Cassazione, Ordinanza 1° marzo 2022, n. 6623
Corte di Cassazione, Sentenza 16 gennaio 2023, n. 1035