

NUOVI LIMITI NELLA DEDUZIONE DELLE PERDITE FISCALI (V. DL 223/06 E FINANZIARIA 2007 – DL 262/06 “COLLEGATO FISCALE”)

Sommario: 1. RIALLINEAMENTO DELLA TRASPARENZA FISCALE AL CONSOLIDATO NELLA DEDUZIONE DELLE PERDITE FISCALI PREGRESSE E DECORRENZE RETROATTIVE DELLE NUOVE REGOLE; 2. REGIME TRANSITORIO (DL 262/06 “COLLEGATO FISCALE” - FINANZIARIA 2007); 3. REQUISITI “OGGETTIVO” E “SOGGETTIVO” NELLA DEDUZIONE ULTRATTIVA DELLE PERDITE; 4. ESTENSIONE DEL MONITORAGGIO ANTIELUSIVO DI CUI ALL’ART. 172, CO. 7 TU ALLE PERDITE INFRANNUALI (RECTIUS: RISULTATI DI PERIODO) MATURE NELLE FUSIONI RETROATTIVE (V. DL 223/06, RISOLUZIONE N. 116 DEL 24 OTTOBRE 2006 DELL’AGENZIA DELLE ENTRATE E NORMA DI COMPORTAMENTO N. 165 DEL 18 OTTOBRE 2006 DELL’ASSOCIAZIONE NAZIONALE DOTTORI COMMERCIALISTI).

1. RIALLINEAMENTO DELLA TRASPARENZA FISCALE AL CONSOLIDATO NELLA DEDUZIONE DELLE PERDITE FISCALI PREGRESSE E DECORRENZE RETROATTIVE DELLE NUOVE REGOLE

Con un ripristino di coerenza fiscale (il legislatore è sempre alla ricerca delle simmetrie fiscali) il travaso *ex lege* delle perdite fiscali nel regime opzionale della trasparenza fiscale è stato allineato all’alternativo regime del consolidato fiscale (entrambi rappresentano un rimedio alla sopravvenuta irrilevanza delle perdite - V. la preferenza del ns. legislatore per l’*exemption*), poiché è stata eliminata l’anomalia ovvero la possibilità (non prevista in quest’ultimo regime) di neutralizzare i redditi della partecipata “trasparente” con perdite pregresse (limite esterno all’aggregazione dei risultati eterogenei). Invero, tale confluenza indistinta (viene *de facto* a perdersi la memoria della fonte reddituale) ai piani “superiori” (socio) dei risultati della partecipata, con loro confusione nell’unico reddito, appunto della partecipante da tassare secondo le regole ordinarie (*rectius:*

sterilizzare V. perdite pregresse), meglio si coniuga con lo stato di latenza della soggettività fiscale passiva della società “trasparente”. Nel consolidato, alla consolidante¹, lo stesso dicasi per la consolidata, è preclusa un’artificiosa operazione di riallocazione di imponibili negativi pregressi per compensarli con redditi di altre società. Nella trasparenza² invece si consentiva al socio l’utilizzo delle proprie perdite in odore di prescrizione (un recupero immediato delle medesime altrimenti irrimediabilmente “perdute”, V. il fenomeno di società poco redditizie), per “azzerare” i redditi veicolati in tale regime. Così, la trasparenza rappresentava per le *holding*, strutturalmente deficitarie (V. la prevalenza delle componenti finanziarie escluse), un rimedio alla perdita definitiva delle posizioni soggettive quesite. E’ evidente che tale risultato (elisione delle perdite pregresse) poteva essere raggiunto dalla *holding* optando per la trasparenza, nella sua duplice veste sia di partecipata, attraverso la cessione delle medesime quale corollario del meccanismo di imputazione legale, sia di partecipante attraverso l’utilizzo delle perdite pregresse, compensate con i redditi “ricevuti” in trasparenza, appunto prima consentito.

Pertanto, con la rimozione della prefata discontinuità (compensazione delle perdite pregresse), non sarà più possibile aderire alla “trasparenza” in prossimità della consumazione delle perdite fiscali proprie (più risalenti, quindi in “scadenza”), per eludere il riporto quinquennale delle medesime. Il riferimento è a quei fenomeni di riduzione del controllo della società, al fine di favorire l’ingresso

¹ V. FANTOZZI, *La nuova disciplina Ires: i rapporti di gruppo*, in Riv. dir. trib. n.4/04, 505; ZIZZO, *Osservazioni in tema di consolidato nazionale*, in Riv. dir. trib., 5/04, 646; SIMONI, *Il riconoscimento tributario dei gruppi d’imprese: analisi e confronto dei modelli previsti dalla riforma Tremonti*, in Boll. Trib., 2003, 812; D’ABRUZZO, *Principi di tassazione di gruppo e disciplina del consolidato nazionale nella legge delega per la riforma fiscale*, in Boll. Trib. 2003, 970; ROSSI-SCARIONI, *Il consolidato nazionale*, in Boll. Trib., 2004, 331 ss.; GARBARINO, *Rapporti del consolidato mondiale con il consolidato nazionale e il regime di trasparenza*, in Corr. trib., 24/06, 1871 ss.; GHISELLI, *L’interpello nella disciplina del consolidato mondiale: alcune riflessioni*, in Boll. Trib., 2004, 174; BEGHIN, *Note minime a proposito dell’interpello obbligatorio nella disciplina del cd. consolidato mondiale*, in Boll. Trib., 2003, 1285.

² V. FANTOZZI-SPOTO, *Prime osservazioni in materia di trasparenza fiscale delle società di capitali*, in Riv. dir. trib. 2003, 688; FICARI, *Profili applicativi e questioni sistematiche dell’imposizione per trasparenza delle società di capitali*, in Rass. Trib. n. 1/05, 38 ss.; SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, in Rass. Trib., n. 5/03, 1508; LOVECCHIO, *Le novità del correttivo Ires sulla trasparenza delle società di capitali*, in Boll. Trib., n. 23/05, 1778 ss.; POGGIOLI, *Appunti sul regime di tassazione per trasparenza intersocietario di cui all’art. 115 TUIR: profili funzionali, aspetti applicativi e risvolti problematici*, in Dir. prat. trib., 2006, I, 47; FORTUNATO, *Le modifiche della compagine sociale nelle società tassate per trasparenza: spunti per un’interpretazione sistematica*, in Rass. Trib., 6/05, 1868.

della trasparenza, nel cui contesto era appunto consentito l'utilizzo delle perdite pregresse³, eludendo *de facto* la disciplina sul riporto "limitato" (V. art. 84 TUIR). Si realizzava un effetto di conversione legale del consolidato nella trasparenza fiscale, veicolato dall'emarginata modificazione degli assetti partecipativi. Così l'impresa si precostituiva i requisiti per l'accesso al più favorevole regime della trasparenza e fruire della "liberazione" (*rectius*: erosione) delle perdite fiscali pregresse (la loro movimentazione non integrava l'avversato "aggiramento" di cui alla clausola antielusiva di cui all'art. 37/bis del DPR 600/73⁴). Il legislatore (V. decreto 223/06) sempre alla ricerca delle simmetrie perdute, ha riallineato la disciplina sul riporto delle proprie perdite nella trasparenza alla normativa omologa sul consolidato fiscale⁵, introducendo il divieto per il socio partecipante di riesumare proprie perdite al fine di neutralizzare i redditi "precipitati" pro-quota per effetto del cit. meccanismo. Tali perdite potranno compensare il reddito di impresa proprio⁶ se ed in quanto capiente (residuerà pertanto un prelievo IRES sul reddito veicolato in "trasparenza fiscale"), dovendo essere le medesime rinviate per la parte non riassorbita. Così il socio potrà compensare eventuali perdite pregresse con il reddito di periodo e quindi cumulare a tale risultato, che non deve essere negativo, la quota di reddito o perdita trasferita dalla partecipata. Nell'ipotesi di coesistenza di perdite generatesi sia prima che dopo l'attivazione del meccanismo in parola, il socio partecipante potrà utilizzare, per i redditi immediatamente postumi, sempre maturati in tale regime, le perdite "precipitate" dalla partecipata, e laddove residuino redditi "propri", gli stessi potranno essere compensati con le perdite fiscali pregresse. Per quest'ultime, cristallizzatesi prima della trasparenza fiscale, esiste un divieto di utilizzo in compensazione con gli imponibili imputati *ex lege* alle società partecipanti. In altri termini, nella prefata ipotesi di convivenza delle posizioni

³ V. CIANI, "Correzioni" antielusive al regime di trasparenza fiscale (perdite pregresse, dividendi e pex), in Fisco, 34/06, 5275 ss.

⁴ V. TINELLI, *Istituzioni di diritto tributario*, Padova, 2003; FANTOZZI, *Il diritto tributario*, Torino, 2003, 163; RUSSO, *Brevi note in tema di disposizioni antielusive*, in Rass. Trib. 1/99, 68 ss.; ZIZZO, *Prime considerazioni sulla nuova disciplina antielusione*, in AA. VV., *Commento agli interventi di riforma tributaria*, a cura di MICCINESI, Padova, 1999, 440; LUPI-STEVENATO, *Antielusione e dintorni nelle operazioni societarie: casistica in margine ad un convegno*, in Rass. Trib. n.2/94, 198 ss.

⁵ V. POGGIOLI, *La limitata spendibilità delle perdite pregresse nei regimi opzionali della trasparenza*, in Corr. trib., 40/06, 3169 ss.

⁶ V. TINELLI, *Il reddito d'impresa nel diritto tributario*, Milano, 1991, 61.

quesite eterogenee (perdite maturate sia prima che dopo la trasparenza fiscale) va operata una “disaggregazione” del reddito del partecipante, scisso fra quello “proprio” neutralizzato da perdite a “spendibilità piena” (quindi anche anteriori alla trasparenza fiscale) e quello ricevuto in trasparenza sul quale residuerà un obbligo dichiarativo (salvo movimentazione di eventuali perdite generatesi nello stesso orizzonte temporale di vigenza dell’opzione *de qua*). La modifica, contenuta nell’art. 36, comma 9 del cit. decreto, oltre ad integrare, nel senso innanzi illustrato, l’art. 115, comma 3 TUIR sulla trasparenza intersocietaria, è stata estesa anche alla trasparenza minore di cui al successivo art. 116, entrambe accomunate dalla medesima proiezione finalistica ossia l’erosione accelerata delle perdite pregresse (socio partecipante). Per effetto di tali modifiche – *retro* studiate - i soci, anche persone fisiche, potranno utilizzare le perdite pregresse solo per neutralizzare redditi propri, cioè diversi da quelli maturati nella vigenza dell’opzione. La modifica vuole impedire la circolazione delle perdite fiscali non “coperte” dalla trasparenza fiscale ovvero cronologicamente disallineate rispetto ai redditi della partecipata “trasparente”, con l’effetto che la compensazione *de qua* sarà limitata alle posizioni soggettive emerse nell’orizzonte temporale interessato dall’opzione. Problemi si porranno nell’ipotesi in cui il partecipante abbia un periodo d’imposta “sfalsato” che chiude il 30 giugno rispetto a quello della partecipata che coincide con l’anno solare. L’adesione per la trasparenza nel 2006 avrà l’effetto di considerare “precedenti”, pertanto inutilizzabili, le eventuali perdite fiscali del socio maturate al 30 giugno di tale anno, emerse prima della chiusura del primo esercizio di efficacia del regime *de qua*. Invero, una soluzione equitativa al prefato interrogativo, potrebbe essere quella di operare una “stratificazione” della perdita relativa a tale periodo, imputandola – pro-rata *temporis* - a quella parte dell’anno (2006) che viene a cadere nel primo esercizio (partecipata) di efficacia dell’opzione (in modo da ripristinare il riallineamento cronologico dei risultati reddituali - partecipante/partecipata - da sommare algebricamente). E’ evidente che l’imputazione del reddito ai soci deve avvenire nel periodo d’imposta delle società partecipanti in corso alla data di chiusura dell’esercizio della società partecipata. Spostando le nostre attenzioni sulla partecipata “trasparente”, va rilevato che le perdite maturate prima

dell'adesione *de qua* restano cristallizzate sulla stessa società che le ha generate, *de facto* assimilate a quelle in esubero individuate in base al criterio "patrimoniale" di cui all'art. 115, co. 3. Su tali posizioni soggettive, la trasparenza non spiegherà effetti retroattivi; queste perdite non saranno traslate ai soci partecipanti in quanto computate a riduzione del reddito da imputare agli stessi. L'eventuale eccedenza conserva rilevanza fiscale in capo alla società "trasparente", per essere riesumata negli esercizi successivi a riduzione degli imponibili positivi realizzati.

Residuano ancora indesiderati spazi di difformità del prelievo in situazioni similari (dicotomie evidenti), alludo all'omologa trasparenza delle società personali, in cui la cit. neutralizzazione è ancora consentita. Difatti, nell'irrinunciabile trasparenza fiscale delle società personali, il prelievo della partecipata può essere annullato dalle perdite fiscali pregresse del socio (anche individuali V. imprese esercitate in autonomia o ancora collettivamente attraverso altre società personali o di capitali che hanno aderito alla trasparenza). Questo nonostante i reclami di uniformità della legge delega 80 del 2003 (IRES), in cui si invocava un principio di equiparazione alle società personali delle società in trasparenza fiscale ex artt. 115 e 116.

Saranno frequenti le operazioni di "aggiramento" delle nuove limitanti norme sulla deduzione delle perdite pregresse. Così, attraverso la manipolazione dei prezzi di trasferimento nelle operazioni infragruppo, sarà possibile operare un travaso *de facto* "apparente" di tali perdite (sterilizzate da nuovi imponibili), formalmente imputate alla società "trasparente", destinate a rivivere in capo al partecipante (non si è mai privato delle posizioni soggettive quesite), poiché retrocesse in base al cit. meccanismo di imputazione legale. In altri termini, viene conseguito l'effetto di una mutazione delle medesime (neutralizzate), trasformate in perdite conseguite in ambito di trasparenza fiscale liberamente spendibili (V. l'acquisizione di nuovi valori fiscali spendibili in futuro dalla partecipata "trasparente").

2.REGIME TRANSITORIO (DL 262/2006 "COLLEGATO FISCALE"- FINANZIARIA 2007)

Sulle rilevanti questioni di diritto intertemporale, relative all'entrata in vigore dell'innovazione *de qua*, va rilevato che il collegato alla Finanziaria 2007 ha eliminato decorrenze retroattive⁷ prima previste dal decreto citato, con l'effetto che le nuove misure si applicheranno ai redditi della partecipata realizzati dopo il 1° luglio 2006 ovvero a periodi d'imposta della medesima che iniziano da tale data. Così se quest'ultima (società "trasparente") ha un esercizio disallineato rispetto a quello del socio partecipante, ad es. chiude al 30 giugno, la prefata compensazione sarà ancora consentita per il 2006 ed il 2007 ossia il socio potrà neutralizzare proprie perdite con i redditi della partecipata relativi a tali annualità "sfalsate" (realizzati al 30.06.06 e 30.06.07, quest'ultimo non è postumo rispetto alla nuova decorrenza stabilita nel collegato), estranee all'emarginato riallineamento "antielusivo", mentre le nuove norme troveranno applicazione dal 2008 (per i redditi realizzati al 30 giugno 2008 da includere nella dichiarazione del socio relativa all'anno 2008). Per le compensazioni avvenute in precedenza, si applicherà la clausola generale antielusiva di cui all'art. 37/bis del DPR 600/73, per neutralizzare i vantaggi disapprovati dal sistema, perché realizzati in operazioni non spiegate economicamente. La previsione del sindacato antielusivo *de qua*, non rappresenta un'innovazione, avendo l'Agenzia (V. par. 2.4 circolare 22 novembre 2004, n. 49/E) in precedenza previsto l'utilizzo di tale rimedio interinale per censurare (*rectius*: disconoscere), i comportamenti orientati a sfruttare i benefici dell'adesione al cit. regime opzionale (V. la riduzione del controllo per eludere la disciplina sul riporto limitato delle perdite fiscali). Invece, proseguendo nella prefata analisi comparativa della disciplina transitoria, va rilevato che il comma 11 dell'art. 36 del DL 223/06 ora rimosso, aveva previsto in senso deteriore per il contribuente, un'entrata in vigore immediata per altro estesa a redditi (*rectius*: perdite) maturate prima dell'innovazione *de qua*. Difatti, in quell'impianto normativo si stabilirono nuove decorrenze retroattive; le studiate modifiche sull'utilizzo delle perdite pregresse, trovavano applicazione a partire dal periodo d'imposta dei soci in corso alla data di entrata in vigore del cit. decreto e con riferimento ai redditi della partecipata "trasparente" relativi a periodi d'imposta chiusi a partire da tale data, con un

⁷ V. MENEGHETTI-MIELE, *Più difficile riportare le perdite*, in "Il Sole 24-Ore" del 13 novembre 2006.

effetto alieno alla *ratio* di ogni innovazione strutturale che normativamente differisce i propri effetti (V. Statuto dei diritti del contribuente sulle modifiche relative ai tributi periodici). Così, la novella *de facto* avrebbe potuto trovare ingresso già dal 2006 (periodo d'imposta postumo rispetto al DL 223/06 ovvero chiuso successivamente alla sua entrata in vigore), impedendo al socio, in tale annualità, di operare l'avversata compensazione. Le due cit. condizioni dovevano coesistere, diversamente l'innovazione avrebbe procrastinato i propri effetti (V. chiusura del periodo d'imposta della partecipata al 30 giugno 2006, quindi prima dell'entrata in vigore del decreto cit., il socio potrà ancora utilizzare in tale annualità le proprie perdite fiscali, poiché solo dal 2007 sarà preclusa la prefata compensazione, appunto come *retro* osservato per redditi della partecipata postumi rispetto al 4 luglio 2006 ossia relativi a periodi d'imposta chiusi successivamente). E' evidente che nell'ipotesi non remota di coincidenza di periodi d'imposta con l'anno solare, si verificava la lamentata decorrenza retroattiva della novella *de qua* (a. 2006). Questa anomalia, è stata eliminata dall'art. 3, comma 6, del DL 262/06, pertanto per tale annualità (periodo d'imposta coincidente con l'anno solare) viene ripristinata la possibilità di annullare il prelievo IRES attraverso l'utilizzo di perdite pregresse maturate ai piani superiori (soci partecipanti). Dal 2007 entrerà a regime il rimedio antileusivo *de quo* sull'utilizzo vietato delle perdite maturate a *latere* dell'opzione ovvero prima del suo esercizio. Le compensazioni avvenute prima, saranno monitorate con il rimedio interinale dell'art. 37/bis del DPR 600/73. Potrà verificarsi che nel triennio di vigenza dell'opzione per la trasparenza fiscale (i cui effetti decorrono per es. dal 2006 in cui si è manifestata - *rectius*: esercitata - l'adesione a tale regime), il socio, portatore di perdite pregresse rilevanti, utilizzi le medesime solo nella prima annualità dello stesso triennio, venendo a sopportare un onere fiscale inatteso per quelle successive (non conosciuto al momento dell'esercizio dell'opzione, viene così ad essere vulnerato il proprio legittimo affidamento). In tali evenienze, una maggiore tutela sarebbe potuta veicolare dalla previsione di una revoca dell'opzione esercitata o ancora attraverso un differimento delle nuove regole con riferimenti a redditi imputati nell'ambito di nuove opzioni o rinnovi, a partire dal 4 luglio 2006. Una soluzione equitativa di coerenza fiscale, all'interrogativo

sollevato da più parti relativo alla possibilità, nell'ipotesi di rinnovo della trasparenza⁸, di utilizzare le perdite fiscali maturate nel triennio precedente iniziale, potrebbe essere quella di non congelare l'utilizzo di tali perdite, le quali appunto non possono considerarsi "precedenti" nel senso innanzi illustrato, maturando comunque nel vigore dell'opzione *de qua*. Pertanto, il rinnovo non determina *de facto* una recisione dei periodi di osservazione degli ambiti di efficacia temporale delle diverse opzioni (da unificare ai predetti fini compensativi). Così il socio potrà riesumare le perdite residue, maturate nel vigore dell'opzione iniziale ovvero realizzate nel contesto di altra attività di impresa, esercitata in autonomia o collettivamente (V. adesione ad altra trasparenza fiscale), per compensare i redditi traslati nella nuova trasparenza.

Sulle studiate decorrenze retroattive⁹, con una soluzione di coerenza ed equità fiscale (V. le lamentate incompatibilità con la legislazione superiore dello Statuto del contribuente), il collegato fiscale (Finanziaria 2007) ha eliminato la retroattività del DL 223/06, con l'effetto - *retro* illustrato - che il prefato divieto di utilizzo delle perdite pregresse (cronologicamente disallineate rispetto ai redditi della partecipata "trasparente"), opererà per i redditi di tale società venuti a maturazione in esercizi postumi al 4 luglio 2006 ovvero iniziati successivamente a questa data. Pertanto, nel 2006, come già ricordato, vi sarà ancora la possibilità di operare la compensazione fra le perdite pregresse e gli utili della partecipata (monitorate con la procedura interinale dell'art. 37/bis). Ai fini degli acconti, il legislatore, in linea con le nuove decorrenze - osserva *supra* - ha congelato le studiate innovazioni antielusive in tema di perdite fiscali, le quali pertanto non avranno rilevanza nella rideterminazione degli acconti 2006 imposta dal DL 223/06, sia per chi utilizza il metodo storico, sia per chi invece adotta il metodo previsionale.

3.REQUISITI "OGGETTIVO" E "SOGGETTIVO" NELLA DEDUZIONE ULTRATTIVA DELLE PERDITE

⁸ Su tali posizioni V. LOVECCHIO, *La manovra d'estate 2006 e le modifiche al regime della trasparenza delle società di capitali*, in Boll. Trib., 17/2006, 1350

⁹ V. DODERO, *Decorrenza per l'utilizzo delle perdite pregresse*, in Corr. trib. n. 45/06, 3550.

Nell'ambito della prefata multidirezionalità nelle correzioni antielusive sulla deduzione delle perdite fiscali introdotte dalla manovra estiva (V. DL 223/06), riesumiamo il nuovo limitante regime del riporto illimitato¹⁰ delle medesime (art. 84 TUIR). Il legislatore è intervenuto stabilendo che deve trattarsi di perdite fiscali conseguite nei primi tre esercizi dalla data di costituzione (requisito "soggettivo", preesistente le modifiche cit., "dilatato" in chiave antileusiva nell'ambito della manovra *de qua*) e che l'attività produttiva cui riferire le medesime deve essere nuova diversamente rivivrà l'ordinario regime quinquennale. Nella Relazione tecnica che accompagnava l'innovazione cit. si definì meglio il suo contenuto, osservando che la modifica richiedeva l'insorgere della perdita illimitatamente riportabile nel triennio dalla costituzione della società (scompare il precedente riferimento *ai primi tre periodi d'imposta*), con esclusione delle operazioni straordinarie, le quali pertanto saranno irrilevanti ai fini del cit. riporto. Non rileveranno le operazioni straordinarie "non traslative" che realizzano effetti meramente successori (sono trasparenti ai fini del riporto illimitato), pertanto il triennio cui riferire i risultati deficitari della società risultante dalla fusione o beneficiaria nella scissione, andrà accertato sul *dante causa*, cumulando il suo periodo di esistenza *ante* fusione/scissione, con l'effetto che la prima, potrà riportare senza limiti tali perdite, se la società (fusa o scissa pressistente) cui le medesime *de facto* ineriscono, è nel suo primo triennio di attività dalla sua costituzione. E' evidente che nell'ipotesi non remota di fusione di più società, di cui una sola nel suo primo triennio di nascita, i risultati deficitari postumi "ereditati" dalla società neocostituita, saranno imputabili secondo un criterio di proporzionalità - ritengo patrimoniale - ad entrambe le società (V. al trasparenza cit.), con il risultato non estraneo alla *ratio* della modifica che tale perdita, maturata successivamente all'operazione straordinaria, avrà una configurazione promiscua ossia potrà essere in parte dedotta senza limiti di tempo ed in parte sarà soggetta "a scadenza". Invece, nel passato si prescindeva dal

¹⁰ V. BEGHIN, *L'illimitato riporto delle perdite nell'IRES tra "nuovi" soggetti e nuove attività*, in Corr. trib. n. 37/06, 2945 ss.; MIELE, *La stretta sul riporto delle perdite senza limiti di tempo*, in Corr. trib. 33/06, 2575 e dello stesso Autore *Perdite a riporto ridotto*, in "Il Sole 24-Ore" del 9 agosto 2006; GAIANI, *Paletti alle perdite illimitate*, in "Il Sole 24-Ore" del 5 luglio 2006.

fatto che le medesime perdite fossero imputabili ad un substrato organizzativo preesistente ereditato da un soggetto risultante da un'operazione straordinaria¹¹, con l'effetto che anche la stabile organizzazione di società non residente poteva beneficiare del cit. riporto illimitato sulla base della dirimente considerazione oggettiva di trovarsi in uno dei primi tre periodi d'imposta¹². Pertanto, attraverso la scissione o il conferimento (V. scissa o conferente costituite da più di tre anni), si realizzava un effetto di *refreshing* delle perdite o meglio di mutazione legale delle medesime a riporto "limitato", trasformate in perdite a riporto illimitato anche se *de facto* l'attività acquisita dalla beneficiaria neocostituita (ramo aziendale scorporato) fosse riconducibile a quella in precedenza svolta dalla scissa ovvero non "nuova", nel senso richiesto dalle nuove norme (requisito "oggettivo" della novità dell'iniziativa economica riesumato più avanti). La fusione/scissione di società¹³ poco profittevole che reitera i risultati negativi, effettuata in prossimità della scadenza del prefato primo triennio dalla sua costituzione, realizzava il mantenimento della qualità "illimitata" delle perdite di nuova generazione per il solo fatto di aver modificato la propria struttura societaria (perdite generate da un attività non nuova). La nuova stratificazione delle perdite realizzate post/fusione o scissione¹⁴, da un soggetto in apparenza "nuovo", amplificava le possibilità di sopravvivenza delle perdite maturate, consentendo a tali società, appunto poco redditizie, di non "perdere" irrimediabilmente quelle posizioni soggettive. Invero, tale effetto poteva essere neutralizzato, con il rimedio interinale dell'art. 37/bis quando la nuova (apparente) iniziativa, ereditata dalla conferitaria/beneficiaria, fosse la continuazione di quella precedente, negando il riporto illimitato a tale società.(violazione dell'art. 84, co. 2 TU). E' evidente che la medesima operazione a regime, scontrerà normativamente (non più solo in via endoprocedimentale)

¹¹ V. TESAURO, *Riporto delle perdite e la incostituzionalità della sua esclusione dall'imponibile dell'ILOR*, in Boll. Trib., 1998, 5 ss.

¹² V. MONDA, *Il riporto illimitato delle perdite nelle scissioni societarie*, in Corr. trib. n. 48/2006, 3788 ss.

¹³ V. CROVATO, *Riporto delle perdite ed operazioni straordinarie*, in *La fiscalità delle operazioni straordinarie d'impresa*, a cura di LUPI e STEVANATO, Milano, 2002, 607 ss.; LAROMA JEZZI, *Il riporto delle perdite pregresse tra norme antielusive speciali e generali*, in Rass. Trib., 2002, 200.; GIVANARDI, *Il riporto delle perdite*, in *Imposta sul reddito delle persone giuridiche, Giurisprudenza sistematica di diritti tributario*, a cura di TESAURO, Torino, 1996, 185 ss.

¹⁴ V. LUPI, *Riporto delle perdite e fusioni di società*, in Rass. Trib. 1/1988, 279.

l'emarginato effetto di limitazione del riporto delle perdite maturate nel suo primo triennio. La rinnovata disciplina sul riporto illimitato delle perdite fiscali prevede il requisito "oggettivo" della novità dell'attività d'impresa, nel cui contesto la perdita è originata, ossia la società deficitaria neocostituita (requisito "soggettivo" *retro* esaminato) deve esercitare una nuova attività. Avendo escluso le operazioni straordinarie ovvero le società nate per fusione e scissione da considerarsi "non nuove" ai fini del prefato riporto illimitato, come già ampiamente illustrato, non resta che pensare a quelle operazioni poco meritorie di riallocazione di strutture produttive preesistenti in perdita, veicolate per cessione/conferimento (V. lo studiato fenomeno di conversione legale delle perdite limitate, trasformate in perdite senza tempo formalmente imputabili a soggetti neocostituiti). Infatti, nelle fattispecie emarginate (mera riallocazione di beni imputabili ad un organizzazione produttiva preesistente) non ricorre la novità nell'iniziativa economica, poiché chi riceve quegli *assets* non intraprende una nuova attività. Nel previgente comma 2 dell'art. 84 - osserva *supra* - si prescindeva dalla novità dell'iniziativa produttiva. Nell'ipotesi di modifica dell'attività di impresa da parte di un soggetto preesistente (è maturato il primo triennio dalla sua costituzione)¹⁵, il quale pertanto svolge una nuova attività d'impresa interrompendo quella precedente fino a quel momento esercitata, dovrebbero trovare ingresso le più severe norme della manovra estiva (a. 2006). Pertanto, l'innovazione soggettiva impedirà il riporto illimitato per società che avviano nuove iniziative, decorsi oltre tre anni dalla costituzione. E' peraltro evidente che il trasferimento di singoli elementi patrimoniali per scissione/conferimento (la Relazione tecnica esclude dal riporto illimitato tali operazioni avendo come *dante causa* un soggetto - fusa o scissa - in vita da oltre tre anni) non dovrebbe ricadere nelle maglie della studiata norma antielusiva analitica (V. nuovo art. 84 TU), vista l'impossibilità di configurare tali singoli *assets* quale ramo di azienda, rivelatore di una propria autonoma ricchezza. Si vuole dire che tali cespiti (V. immobili) espulsi dal preesistente tessuto produttivo, potranno realizzare nuova ricchezza solo nell'ambito di un contesto produttivo, quello del ricevente (beneficiaria), il cui necessario coordinamento organizzativo valorizzerà il loro

¹⁵ V. MIELE, *Più difficile riportare le perdite*, in "Il Sole 24-Ore" del 13 novembre 2006.

inserimento. Allora diventa importante stabilire nell'analisi *de qua* pregiudiziale al riporto illimitato delle perdite fiscali se ciò che si scinde è un'azienda o un singolo bene, poiché solo nel primo caso vi è una mera continuazione di un'attività in precedenza svolta dalla scissa, oltretutto al recupero ultra quinquennale dei risultati deficitari della beneficiaria, mentre lo "scorporo" di un singolo *assets* non integrante in autonomia un'azienda, richiede per una sua valorizzazione una struttura organizzativa che non può essere quella della società scissa, la quale subisce la prefata disgregazione patrimoniale ma bensì della beneficiaria "ospitante" neocostituita. Pertanto, sussiste nell'iniziativa economica di quest'ultima, la qualità della novità presupposta ai fini del riporto illimitato a prescindere dall'inclusione (V. Relazione tecnica al DL 223/06) della scissione nel novero di operazioni che tendenzialmente non interrompono l'attività aziendale svolta dalla scissa.

Sulle decorrenze retroattive dell'innovazione *retro* esaminata, previste originariamente dal DL 223/06, il collegato fiscale (DL 262/06) alla Finanziaria 2007 è intervenuto eliminando tale retroattività (estensione delle nuove regole sul riporto illimitato anche alle perdite formatesi prima del DL 223/06), con l'effetto che la nuova disciplina sul riporto illimitato si applicherà dalle perdite maturate nel periodo d'imposta in corso alla data di entrata in vigore del DL 223/06. Così le perdite realizzate dalla beneficiaria di una scissione avente efficacia giuridica in data 9 febbraio 2006 e periodo d'imposta 9 febbraio 2006 – 31 dicembre 2006 potranno qualificarsi "illimitatamente riportabili" in presenza di detti requisiti. Il DL 223/06 prevedeva un penalizzante regime transitorio delle nuove norme ovvero una retroattività strisciante dei prefati requisiti "oggettivi" e "soggettivi", i quali andavano verificati sulla qualità delle perdite maturate in precedenza e non ancora compensate alla data di ingresso del DL 223/06. Difatti, si stabilì l'operatività delle nuove regole anche alle perdite residue a quella data (*rectius*: inutilizzate e realizzate in precedenza) che si intendono compensare a partire dalla data di entrata in vigore del decreto. Pertanto, tali perdite se carenti dei requisiti cit., potranno essere dedotte entro l'ottavo periodo d'imposta successivo. Così poteva verificarsi la mutazione legale delle perdite originariamente illimitatamente riportabili (*ex* illimitate), trasformate in perdite limitatamente deducibili, con il risultato peggiore che quelle

ancora disponibili, formatesi ad es. nel 1997 non erano più utilizzabili a partire dall'esercizio 2006. Limitatamente a tali perdite, l'applicazione della norma transitoria, avrebbe determinato l'eliminazione sia dell'*asset* considerato già nel 2006 e sia della fiscalità differita attiva "stanziata" in passato nella prospettiva di riesumare la posizione soggettiva quesita. Il comma 5 dell'art. 3 del DL 262/06 ha stabilito nuove decorrenze per le innovazioni al regime delle perdite "senza scadenza", eliminando l'emarginato regime transitorio, e la sua retroattività strisciante ed affidando al rimedio interinale della norma antielusiva di cui all'art. 37/bis del DPR 600/73 la riportabilità illimitata di quelle realizzate in precedenza (incombe sul Fisco la prova dell'elusività dell'operazione che le ha generate, effettuata senza valide ragioni economiche al solo fine di ringiovanire le perdite di soggetti preesistenti). Pertanto, quest'ultime (perdite pregresse) continueranno ad essere illimitatamente riportabili se generate nei primi tre periodi d'imposta (es. perdite fiscali realizzate nel 2000 saranno ancora utilizzabili nel 2006 – riporto ultra quinquennale anche in assenza dei prefati requisiti). Il nuovo intervento sulle decorrenze, non più retroattive, delle cit. modifiche, impedirà di vulnerare i precedenti comportamenti del contribuente, il quale abbia fatto corretto uso degli arbitraggi fiscali allora consentiti nell'utilizzo delle perdite fiscali di "qualità" diverse (limitate e illimitate anche se derivanti da iniziativa economiche "non nuove"), preferendo l'impiego delle prime, facendo appunto affidamento sulla possibilità di utilizzare illimitatamente quelle perdite che a regime non sono più tali. Tali arbitraggi nella deduzione delle perdite erano abilitati dall'assenza di una norma che ne imponesse un utilizzo proporzionale. Dalla circolare delle Entrate n. 1/E del 19 gennaio 2007 rivengono nuove aperture distensive, sull'inapplicabilità delle regole del DL 223/06 ai soggetti già esistenti alla data di entrata in vigore di tale decreto (il cui primo "triennio" di vita è in corso a quella data). Pertanto il riporto illimitato delle perdite realizzate da tali soggetti, maturate nel vigore delle nuove norme ricade nella disciplina anteriore al DL 223, con l'effetto che la beneficiaria di una scissione avente efficacia giuridica in data 5 febbraio 2005 e periodo d'imposta 9 febbraio 2005 – 8 febbraio 2006, potrà qualificare le perdite postume (dei due esercizi successivi del cit. triennio) "illimitatamente

riportabili” (non trovano ingresso i cit. requisiti “oggettivi” e “soggettivi”) salvo sindacato antielusivo di cui all’art. 37/bis del DPR 600/73. Le nuove norme sul riporto illimitato non rilevano ai fini della rideterminazione degli acconti IRES prevista dal DL 223/06 (art. 36, comma 34), sia per chi utilizza il metodo storico, sia per chi invece adotta il metodo previsionale¹⁶.

Va rilevato che il riassorbimento immediato delle perdite soggette a “prescrizione” potrà realizzarsi nell’ambito della legge Finanziaria 2007 attraverso l’adesione al regime delle Siiq¹⁷, acronimo che indica le società di investimento immobiliare quotate. L’esercizio dell’opzione cit. avrà un effetto “realizzativo” del patrimonio immobiliare (*exit tax*) oltre a determinare la traslazione sul socio della fiscalità dell’ente (una sorta di “trasparenza” fiscale, ancorchè cronologicamente disallineata rispetto alla maturazione del reddito d’impresa, infatti la tassazione è rinviata al momento dell’esitazione degli utili ai partecipanti), con conseguente obbligo di retrocessione ai soci della liquidità derivante dall’attività di locazione immobiliare (*pay out*). Difatti, l’uscita dal regime ordinario di tassazione non è indolore, poiché comporta l’emersione delle plusvalenze (al netto delle eventuali minusvalenze) su immobili destinati alla locazione posseduti nell’esercizio anteriore a quello di decorrenza del regime opzionale Siiq. Tali plusvalenze, individuate in base al “valore normale”, saranno assoggettate ad imposta sostitutiva (IRES-IRAP) nella misura del 20%. Invero, la società in regime di Siiq che ha in dote perdite pregresse in “scadenza” potrà rinunciare al prelievo sostitutivo emarginato ovvero preferire l’inclusione di quelle componenti reddituali nel reddito d’impresa, realizzando un favorevole effetto di consumazione delle posizioni soggettive quesite, le quali, pertanto non andranno irrimediabilmente perdute.

Nell’ambito della Manovra Prodi (DL 223/06) è stata prevista anche l’eliminazione dell’esimente (soppressione della lett. a) dall’art. 84, co. 3 TU) rappresentata dall’acquisizione infragruppo del controllo della società deficitaria (la circolazione delle perdite in ambito di gruppo non era vietata).

¹⁶ V. GAIANI, *L’acconto di luglio separa i contribuenti*, in “Il Sole 24-Ore” dell’11 luglio 2006.

¹⁷ V. AVOLIO, *Le società di investimento immobiliare quotate*, in Corr. trib., 6/2007, 452 ss.

Così non sarà più possibile eludere le severe norme antielusive sul riporto delle perdite attraverso acquisizioni infragrupo di società *target* in perdita.

4. ESTENSIONE DEL MONITORAGGIO ANTIELUSIVO DI CUI ALL'ART. 172, CO. 7 TUIR ALLE PERDITE INFRANNUALI (*RECTIUS*: RISULTATI DI PERIODO) MATURATE NELLE FUSIONI "RETROATTIVE" (V. DL 223/06, RISOLUZIONE N. 116/E, 24 OTTOBRE 2006 DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE E NORMA DI COMPORTAMENTO N. 165 DEL 18 OTTOBRE 2006 DELL'ASSOCIAZIONE NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI)

Il legislatore (DL 223/06) ha riallineato il regime delle perdite fiscali infrannuali (*rectius*: risultati negativi di periodo) maturate nel periodo interinale di retrodatazione ovvero nella frazione di esercizio che precede l'efficacia giuridica dell'operazione di fusione¹⁸ al regime delle perdite fiscali *pre*-fusione emerse nelle fusioni non retroattive, poichè sono stati estesi alle prime gli "indicatori" di vitalità economica di cui all'art. 172, co. 7 TU previsti per le seconde. Così, rileveranno le vicende fiscali relative alla frazione di esercizio anteriore alla decorrenza – efficacia giuridica – della fusione, le quali (V. eventuali perdite di periodo) saranno a tutti gli effetti considerati "precedenti" la fusione (evidente che trattasi di una *fiction iuris*, perché tali risultati per effetto della retrodatazione perdono la loro autonomia), con l'effetto di essere soggetti al *test* di vitalità economica/patrimoniale di cui al prefato art. 172, co. 7. I cit. risultati negativi infrannuali (perdite in formazione) a regime attratti nella disciplina di cui al prefato art. 172, co. 7, potranno invece essere dedotti integralmente, laddove le società, anziché fondersi, decidano, con immediatezza di aderire alla tassazione consolidata¹⁹. Le fusioni perdono il beneficio della compensazione autonoma dei risultati "di periodo", i quali pertanto, non potranno essere traslati *tel quel* nel bilancio dell'incorporante. In passato per effetto della prefata retrodatazione non si originavano autonomi e distinti periodi d'imposta nell'esercizio interessato dall'operazione (conversione delle perdite

¹⁸ V. LUPI, *Riporto delle perdite e fusione di società*, in Rass. Trib., 1998, I, 286.

¹⁹ Così CIANI, *Vietato il trasferimento "intersoggettivo" di perdite fiscali nelle fusioni "retroattive"*, in Fisco, 33/06, 5144.

infrannuali, “non indipendenti” dell’incorporata in perdite dell’incorporante liberamente utilizzabili dalla stessa, perché postume rispetto alla decorrenza fiscale dell’operazione). I nuovi limiti si applicheranno alle operazioni deliberate dopo il 4 luglio 2006, senza impatto sull’acconto IRES. Stesse regole per le scissioni retroattive.

Gli indicatori previsti nella norma²⁰ da ult. cit., sono misure antielusive “analitiche” orientati ad arginare il fenomeno del trasferimento “intersoggettivo” delle perdite fiscali (la perdita “muore” sul soggetto che l’ha realizzata – sono pertanto ammessi utilizzi “omogenei” delle medesime - diversamente avremmo un travaso “intersoggettivo” di costi, appunto vietato dal sistema) ne limitano la loro deduzione al fine di realizzare una formale compensazione “intrasoggettiva” (l’unica consentita). Il legislatore vuole limitare compensazioni intrasoggettive solo nella forma ma intersoggettive (quindi precluse) nella sostanza ovvero avversare gli utilizzi “eterogenei” delle perdite *pre*-fusione. Su tali indici di vitalità economica è intervenuta di recente (18 ottobre 2006) la norma di comportamento n. 165 dell’Associazione italiana dottori commercialisti, con la quale è stato analizzato il rapporto fra clausola generale antielusiva (art. 37/bis del DPR 600/73) e la norma antielusiva “speciale”²¹ *de qua*. I due impianti normativi (37/bis e 172, co. 7 TU) non sono alternativi, potendo trovare un ingresso contestualizzato (vedremo che non sono comunque sovrapponibili avendo alvei di operatività diversi), quando vi è stata la costruzione artificiosa dei parametri previsti dall’art. 172, co. 7. Il legislatore (art. 37/bis) sanziona un *facere* abusivo come le preordinazione delle condizioni per superare tale *test*, eludendo *de facto* la norma antielusiva “speciale”. Così le due norme, formalmente autonome, potranno concorrere nel limitare la deduzione delle perdite, quando il riporto risulti fondato su un’azione di costruzione o “ri-costruzione” artificiosa degli indici parametrici. In assenza di tale strumentalizzazione, nel superamento del prefato *test*, non potrà essere disconosciuta la riportabilità delle perdite fiscali con

²⁰ Sul rapporto fra norma antielusiva analitica e quella a carattere generale V. ZIZZO, *Prime considerazioni sulla nuova disciplina antielusione*, in AA.VV., *Commento agli interventi di riforma tributaria*, a cura di MICCINESI, Padova, 1999, 440 ss.

²¹ V. SCAFATI, *Parametri di vitalità nel riporto delle perdite in caso di fusione*, in Corr. trib., 45/06, 3555 ss; MORELLO, *Il problema della frode alla legge nel diritto tributario*, in Dir. prat. trib., 1991, I, 39 ss. ; GIORGETTI, *Nell’interpretazione restrizioni con dubbi*, in “Il Sole 24-Ore” del 13 novembre 2006.

l'alternativo rimedio giuridico dell'art. 37/bis (conservazione dei valori parametrici), rivivendo l'antinomia non più apparente fra le due norme. Aderendo ad una corrente di pensiero minoritaria, avremmo il paradossale risultato (emarginato nella nota dell'Associazione), alieno alla *ratio* delle studiate disposizioni, che l'art. 37/bis potrebbe smentire la norma antielusiva speciale di cui all'art. 172, co. 7. Sugli emarginati parametri di vitalità è intervenuta di recente anche l'Agenzia delle Entrate con risoluzione n. 116/E del 24 ottobre 2006, con la quale, attraverso una lettura innovativa e sperimentale della norma antielusiva analitica *de qua* (art. 172, co. 7), ha osservato, allineandosi alle nuove limitazioni sulla trasmissione dei risultati deficitari *pre-fusione*, che tale *test* va esteso anche alla frazione di esercizio nel quale avviene l'operazione straordinaria. Così le resistenze antielusive di cui all'art. 172, co. 7 ovvero l'analisi comparativa riesumata in tale norma (dato storico richiesto nella parametrizzazione *de qua* ovvero la media dei dati contabili riferibili ai due esercizi anteriori all'esercizio precedente la fusione cui commisurare quelli relativi all'esercizio precedente la fusione) deve istaurarsi anche con i dati contabili relativi alla frazione di esercizio nel quale la fusione ha luogo. Nella fattispecie che ha sollecitato l'intervento in parola, la società incorporante non poteva dedurre le perdite dell'incorporata, poiché quest'ultima, inoperante, ossia depotenziata nell'anno in cui la fusione è deliberata, non rispettava gli indicatori di vitalità economica. Difatti, la predetta società aveva *de facto* subito la conversione in sub-*holding* previo scorporo aziendale, il tutto finalizzato a consentire il travaso "illimitato" (intersoggettivo) al socio di controllo delle proprie perdite fiscali. La dilatazione del periodo di osservazione di cui all'art. 172, co. 7 esteso anche alla frazione di esercizio nel quale avviene l'operazione, veicola attraverso un viziato percorso interpretativo dell'Agenzia, poichè disallineata (la conclusione *retro* illustrata) rispetto all'evidente e rassicurante tenore letterale della norma *de qua* che non prevede una tale possibilità. Per altro, l'aver fissato l'Agenzia un termine limite (data di deliberazione della fusione) oltre il quale, il *test* di vitalità economica non può trovare ingresso, può generare effetti alieni rispetto alla *ratio* dell'intervento in analisi ossia la riportabilità delle perdite anche se nell'intervallo di tempo fra la delibera e l'efficacia giuridica dell'operazione (quest'ultima può intervenire anche

nell'esercizio successivo) una delle società partecipanti abbia subito l'avversato depotenziamento²². Ancora si può pensare alla fusione che intervenga all'inizio dell'esercizio, momento in cui per l'incorporata non potrà verosimilmente realizzarsi il raggiungimento della soglia di rilevanza economica.

Riprendendo le innovazioni del DL 223/06 sulla trasmissione dei risultati *pre-fusione* a regime "filtrati" dalle studiate restrizioni di cui all'art. 172, co. 7 TU, va rilevato che l'individuazione extracontabile di tale risultato e la sua paternità (imputazione), sarà un'operazione oltremodo astrusa, poiché i dati di provenienza sono già confluiti nel bilancio unico dell'incorporante. Infatti, gran parte delle registrazioni di chiusura sono effettuate in modo "univoco" (V. rimanenze, ammortamenti), pertanto la "disaggregazione" di tale dato unitario sarà alquanto complessa. In futuro verrà meno il beneficio fiscale all'apposizione della clausola di retroattività (la retrodatazione è resa neutrale rispetto alle emarginate limitazioni) rappresentato dal travaso al controllante di perdite non ancora "effettive" (si conseguivano effetti simili al consolidato e alla trasparenza).

AVV. FABIO CIANI

UNIVERSITA' ROMA TRE

²² L'incompatibilità dell'intervento dell'Agenzia rispetto al rassicurante substrato normativo è ben analizzato da ROMITA-PEDROTTI in Corr. trib., 46/06, 3688 ss.