

COMMERCIO DELLE CD. BARE FISCALI. L'AGENZIA DELLE ENTRATE CAMBIA ORIENTAMENTO?



Federico COCCHI

Dottore Commercialista, Partner presso Studio Cocchi & Associati

Maria Lucia DI TANNA

Dottore Commercialista, Partner presso Studio Cocchi & Associati

Davide GRECO

Avvocato, Associate presso Studio Cocchi & Associati

Con la risposta ad interpello del 22 aprile 2022 n. 214, l'Agenzia delle Entrate torna sulla vexata quaestio di quale sia la corretta interpretazione del concetto di "modifica rilevante" dell'attività principale contenuta all'interno dell'art. 84 comma 3 del TUIR, norma antielusiva di contrasto alla pratica del commercio delle cd. "bare fiscali", che tante critiche aveva sollevato subito dopo la pubblicazione della risposta del 6 settembre 2019 n. 367.

1

LA DISCIPLINA DEL RIPORTO DELLE PERDITE

La regola generale

Il diritto dei soggetti passivi IRES al riporto delle perdite fiscali¹⁻², conseguite in precedenti perio-

di d'imposta, è disciplinato dall'art. 84 comma 1 del TUIR. Detta norma stabilisce che *"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"*.

1 Sull'analisi della *ratio* della disciplina, si veda su tutti Salvini L. "Diritto tributario delle attività economiche", Torino, 2019, p. 91-92. Nel manuale istituzionale l'Autrice chiarisce che *"ponendosi come deroga al generale principio di autonomia dei singoli periodi di imposta, il diritto al riporto della perdita fiscale risponde proprio alla ratio di recuperare, mediante il «dialogo» tra periodi di imposta, la valenza unitaria, squisitamente economica, della forza produttiva di un'impresa, sottesa all'intera sua vita utile. Il suo fine è, quindi, proprio quello di evitare che la suddivisione in periodi di imposta si risolva in una sperequazione in danno del contribuente nel caso di sensibili fluttuazioni dell'andamento della società. Ecco allora che il diritto di riportare in avanti le perdite maturate negli esercizi precedenti, in quanto teso proprio a recuperare la valenza unitaria della forza economica dell'impresa, è anzitutto riconducibile al principio costituzionale della capacità contributiva di cui all'art. 53 Cost."*

2 Per una disamina del rapporto tra la disciplina del riporto delle perdite fiscali ed il principio di capacità contributiva si vedano gli scritti di De Marco S. "La disciplina del riporto delle perdite fiscali tra loss carry back e art. 53 Cost.", *Dir. prat. trib.*, 3, 2018 e Id. "Il trattamento fiscale delle perdite alla luce dei più recenti interventi normativi", *ivi*, 3, 2012, ove l'autore sviluppa l'analisi della normativa fiscale in commento ritenendo imprescindibile formulare alcune considerazioni in merito al coordinamento

È consentita, quindi, la compensazione dei redditi di periodo con le perdite pregresse, nonostante queste non siano, appunto, qualificabili *tout court* come elementi passivi del reddito di quel periodo ma siano, a loro volta, un risultato reddituale scaturito dalla somma algebrica di elementi attivi e passivi temporalmente rilevanti nel precedente periodo di maturazione della perdita stessa³.

La vigente disciplina è il risultato delle rilevanti modifiche introdotte dal DL 6.7.2011 n. 98 (art. 23 comma 9). Sappiamo, infatti, che a seguito dell'intervento legislativo appena menzionato è stato:

1. eliminato, per la riportabilità delle perdite, il limite temporale del quinto periodo d'imposta successivo a quello di produzione delle stesse;
2. introdotto un **limite al riporto annuo delle perdite**, stabilendo che la perdita maturata in un periodo d'imposta potrà essere computata a riduzione del reddito dei periodi d'imposta successivi in misura non superiore all'80% di ciascuno di essi e per l'intero importo che trova capienza in tale ammontare;
3. confermato l'indirizzo in base al quale il **contribuente non può scegliere**, a propria discrezione, quanta parte della perdita pregressa può essere utilizzata in compensazione del reddito realizzato nel periodo d'imposta successivo (detta perdita, infatti, deve essere computata in diminuzione del reddito prodotto nel primo esercizio utile successivo a quello di formazione ed, in caso superi il limite dell'80% del reddito,

in quelli immediatamente successivi, sempre nel rispetto di tale limite)⁴.

Tali e tante modifiche trovarono giustificazione in due ordini di motivi. Si legge, infatti, nella relazione illustrativa al DL 98/2011 che le modifiche apportate all'art. 84 del TUIR perseguono finalità di semplificazione e di maggiore trasparenza nei comportamenti delle imprese, oltre agli obiettivi congiunturali generali ovvero quelli di sostenere le imprese nell'allora crisi economica e, allo stesso tempo, assicurare all'Erario una maggiore stabilità di flussi di gettito. La semplificazione venne realizzata principalmente sul piano delle rappresentazioni di bilancio, considerato che il riporto delle perdite senza limiti temporali, nelle intenzioni, avrebbe consentito alle imprese di evitare i "*complessi esercizi di valutazione di recuperabilità ora richiesti ai fini dell'iscrizione o mantenimento delle relative imposte differite*". La maggiore trasparenza, invece, sarebbe derivata dal fatto che il nuovo regime di riporto illimitato delle perdite avrebbe evitato il ricorso a quelle operazioni straordinarie attuate, talvolta, dalle imprese solo per finalità di cd. *refreshing*.

Stanti tali premesse, l'attuale normativa in materia di riporto delle perdite si presenta profondamente mutata. Di seguito, senza pretesa di esaustività, se ne analizzeranno i tratti caratteristici.

Sotto il **profilo soggettivo** la disciplina di cui all'art. 84 del TUIR trova applicazione **esclusivamente nei confronti dei soggetti passivi IRES**. È stato poi precisato che⁵ "*proprio perché attuata all'interno dell'articolo*

fra l'art. 53 Cost. e l'art. 84 del TUIR. Si legge, infatti, nei due scritti che "*Il riporto delle perdite da sempre involge il raggiungimento di un equilibrio non sempre perseguibile*", ovvero "*quello per l'Erario ad un prelievo periodico, quello del contribuente ad un prelievo giusto, radicato su un indice effettivo di forza economica*". E ancora "*bisogna chiedersi se, in presenza di una disciplina ispirata a logiche differenti, la riferibilità delle perdite sia attribuibile al soggetto oppure all'organizzazione. Facendo nostre le considerazioni sull'art. 53 Cost., notiamo come la capacità economica sia strettamente collegata al soggetto e non intorno alla ricchezza intimamente intesa. A rispondere del debito d'imposta è solo colui a cui l'indice di capacità è attribuito, pertanto il sacrificio economico deve essere sopportato effettivamente dal soggetto alla cui capacità contributiva si riferisce*".

3 Sul punto, si veda ancora Salvini L. cit., p. 91.

4 Sul punto, Leo M., in "Le imposte sui redditi", Tomo II, Milano, 2018, p. 1347, ricorda, infatti, che "*anche in vigenza del precedente regime di riporto delle perdite il contribuente non aveva la libertà di decidere il quantum della compensazione in quanto le perdite a disposizione dovevano servire per abbattere tutto il reddito conseguito negli esercizi immediatamente successivi a quelli in perdita*".

5 Si veda, circ. Assonime 22.12.2011 n. 33.

84, la nuova disciplina di compensazione non riguarda indistintamente tutte le perdite suscettibili di compensazione da parte delle società di capitali (e degli enti commerciali residenti), bensì esclusivamente quelle da esse direttamente prodotte o prodotte da altre società di capitali e ad esse attribuite per effetto di particolari regimi (quali il consolidato e la trasparenza fiscale) che ne consentono il trasferimento"⁶.

Sotto il **profilo oggettivo**, invece, come sopra premesso, per effetto delle modifiche apportate dal DL 98/2011 è **venuto meno il limite temporale quinquennale di riporto in avanti delle perdite** ed è stato introdotto un **limite quantitativo** "di periodo" al relativo utilizzo stabilito in misura forfettaria nell'80% del reddito imponibile.

Proprio con riferimento alla "limitata utilizzabilità" delle perdite, è stato giustamente sottolineato⁷ che tale limitazione quantitativa non fa venir meno la possibilità di utilizzo integrale delle perdite poiché "sebbene [...] il tetto dell'ottanta per cento sia funzionale a realizzare, almeno nell'immediato, un effetto positivo per l'Erario, esso comporta in definitiva una mera anticipazione temporale d'imposta, atteso che la quota annua di perdite non compensata (pari al 20 per cento del reddito) sarà prima o poi utilizzata in compensazione per abbattere redditi futuri".

Il limite di utilizzo delle perdite previsto dalla disciplina in esame **non si applica, invece, alle perdite generate "nei primi tre periodi d'imposta dalla data di costituzione"**, le

quali, se maturate nei primi tre periodi d'imposta, sono utilizzabili per l'intero ammontare. È quanto precisa il secondo comma dell'art. 84 del TUIR secondo cui "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".

Tale regime, risulta condizionato alla circostanza che le perdite siano realizzate "nei primi tre periodi d'imposta dalla data di costituzione" e che si riferiscano "ad una nuova attività produttiva".

La norma, come precisato dalla stessa relazione al DL 4.7.2006 n. 223, ha l'intento di agevolare le nuove iniziative produttive. Finalità confermata dalla stessa Agenzia delle Entrate nella circ. 4.8.2006 n. 28 la quale, nel commentare le modifiche di cui al DL 223/2006, chiari che, a differenza della previgente disciplina (che riconosceva il diritto al riporto illimitato nel tempo delle perdite generate nei primi tre periodi d'imposta prescindendo dalla novità dell'iniziativa produttiva), la "nuova disciplina" si pone l'obiettivo di agevolare l'effettivo avvio di una nuova attività imprenditoriale, piuttosto che la continuazione di una "vecchia" attività in capo ad un "nuovo" soggetto.

6 Con particolare riferimento, invece, al regime di riportabilità delle perdite fiscali delle imprese IRPEF si rinvia alla disciplina contenuta nell'art. 8 co. 3 del TUIR. In questa sede, segnaliamo, che la legge di bilancio 2019 ha allineato il regime delle perdite delle imprese IRPEF a quello delle società di capitali: compensazione solo con altri redditi di impresa e riporto delle eccedenze temporalmente illimitato, ma non oltre l'80% del reddito di impresa di ciascun esercizio. Per una più precisa disamina del regime in parola, si rinvia allo scritto di Gaiani L. "Il nuovo regime delle perdite delle imprese IRPEF", *il fisco*, 6, 2019, di cui, di seguito, si riporta un breve estratto: "i commi 23 ss. dell'art. 1 della Legge 30 dicembre 2018, n. 145 (c.d. legge di bilancio 2019) modificano, già dall'esercizio 2018, le regole per il riporto delle perdite delle imprese soggette all'IRPEF. Fino al 2017, le perdite generate da imprese individuali, s.n.c. e s.a.s., in contabilità semplificata, erano compensate integralmente e solamente con gli altri redditi del contribuente (titolare o socio) del medesimo periodo di imposta, senza possibilità di riporto a nuovo della eventuale eccedenza. Le perdite maturate da imprese IRPEF, individuali e societarie, in anni di contabilità ordinaria, invece, erano compensabili solo con altri redditi d'impresa (in ordinaria o semplificata) del medesimo periodo di imposta, ovvero (per l'eccedenza) con redditi di impresa di esercizi successivi, ma non oltre il quinto. La legge di bilancio 2019 allinea il regime delle perdite delle imprese IRPEF, in ordinaria e in semplificata, a quello delle società di capitali: compensazione solo con altri redditi di impresa e riporto delle eccedenze temporalmente illimitato ma non oltre l'80% del reddito di impresa di ciascun esercizio".

7 Si veda, Leo M. cit., p. 1346 ss.

La disciplina antielusiva

L'art. 84 comma 3 del TUIR, come introdotto nell'ordinamento dall'art. 8 del DLgs. 358/97 con l'obiettivo di frenare la pratica elusiva del commercio delle cd. "bare fiscali", **inibisce il riporto a nuovo delle perdite fiscali pregresse** laddove la maggioranza delle azioni o quote della società titolare delle perdite venga trasferita o, comunque, acquisita da terzi e, inoltre, risulti modificata, in uno spazio temporale compreso fra il secondo esercizio anteriore al trasferimento e il secondo esercizio successivo, l'attività principale effettivamente esercitata dalla medesima società nei periodi di formazione delle perdite.

Il legislatore, dunque, come chiarito anche dalla stessa circ. Min. Finanze 19.12.1997 n. 320, ha voluto introdurre una **limitazione antielusiva** al riporto delle perdite al fine di soddisfare l'esigenza di evitare operazioni aventi per scopo l'acquisto di società con perdite fiscalmente rilevanti effettuato al solo scopo di ottenere indebiti vantaggi fiscali⁸.

Il limite del riporto delle perdite fiscali⁹, previsto dall'art. 84 citato, opera al realizzarsi **congiunto** dei seguenti presupposti:

- **trasferimento a terzi della maggioranza delle partecipazioni** aventi diritto di voto in assemblea ordinaria (prima condizione);
- **modifica dell'attività esercitata** nell'anno ovvero nel biennio successivo o antecedente al trasferimento delle partecipazioni acquisite (seconda condizione).

Con riferimento alla prima condizione, la circ. 320/97 precisa che, ai fini della verifica del trasferimento di controllo, la condizione si considererà avverata sia nel caso di trasferimento di un pacchetto di per sé di controllo, sia nel caso in cui l'acquisizione del controllo

avvenga a seguito di integrazione della partecipazione già posseduta.

Viene inoltre precisato che detto controllo potrà essere raggiunto non soltanto mediante il trasferimento della proprietà della partecipazione, ma anche mediante altri tipi di negozi giuridici come, ad esempio, il trasferimento dell'usufrutto, tenuto conto dell'ampia formulazione della norma che, con riferimento all'acquisizione della maggioranza delle partecipazioni, usa la locuzione "*comunque acquisita*".

Avuto riguardo, invece, alla seconda condizione i chiarimenti latitano. La circ. 320/97, infatti, non offre particolari spunti interpretativi se non chiarire che per attività principale si deve intendere l'attività che sulla base di riscontri fattuali risulti quantitativamente superiore, con riferimento ai ricavi, ad altre comunque svolte dalla società ceduta o trasferita.

All'assenza di ulteriori e più puntuali precisazioni nella circolare soccorrono prima nel 2019 e successivamente ad aprile 2022, le risposte ad interpello n. 367 e, soprattutto, n. 214.

Nel prosieguo, cercheremo di capire se le conclusioni raggiunte nella risposta 367/2019, ritenute da certa dottrina esageratamente rigorose¹⁰, siano state confermate ovvero se, nella recentissima risposta 214/2022, l'Agenzia delle Entrate abbia mutato orientamento.

2

L'APPROCCIO RIGOROSO DELLA RISPOSTA 367/2019

L'apporto di nuove risorse finanziarie in una società priva di comparto produttivo e provenienti dalla nuova compagine sociale

8 Sul punto si vedano Liburdi D., Sironi M. "Il divieto di riporto a nuovo delle perdite scatta anche nel caso di riduzione dell'attività", *il fisco*, 39, 2019.

9 Sul punto segnaliamo, Marino T., Angelucci S. "Riporto delle perdite: si applica la norma fiscale oppure il contribuente è sempre a rischio abuso?", *il fisco*, 9, 2022.

10 Si veda Cardella P.L. "Il rifinanziamento del core business ed il riporto delle perdite di periodo", *Riv. dir. trib., suppl. online*, 19.2.2020.

impedisce il riporto delle perdite di periodo, ancorché non si verificano cambiamenti di attività rispetto a quella esercitata nei periodi d'imposta in cui le stesse perdite risultano essere state realizzate.

Queste le conclusioni raggiunte dall'Amministrazione finanziaria nella risposta 6.9.2019 n. 367¹¹ e relative ad un caso che ha visto coinvolta una società italiana la quale, dopo essere stata particolarmente attiva nel settore immobiliare ed aver generato negli ultimi anni di attività notevoli perdite, decide di disimpegnarsi cedendo l'unico *asset* produttivo di reddito (nel caso di specie si trattava di un intero fabbricato di dieci piani fuori terra a destinazione uffici e due piani interrati a destinazione parcheggi con vincolo di pertinenzialità con la totalità del fabbricato e annessi servizi e locali accessori). Nell'interpello veniva prospettata una possibile cessione delle quote della società ad un nuovo socio, il quale, avrebbe successivamente apportato nuove risorse al fine di rivitalizzare il *core business* immobiliare. Rivitalizzazione, si legge, da raggiungere oltre che attraverso un'attività di vendita e di locazione immobiliare (attività analoga a quella svolta in precedenza) anche attraverso lo sviluppo dell'area edilizio-immobiliare con la costruzione di edifici con destinazione d'uso commerciale destinati ad essere locati.

Stanti le dinamiche della vicenda, l'Amministrazione finanziaria è stata chiamata a confermare che la disposizione antielusiva di cui al già citato art. 84 comma 3 del TUIR non ricomprendesse anche la fattispecie costituita dall'ingresso di un nuovo socio unico nella compagine sociale, il quale apporti nuova finanzia per il rilancio dell'operatività aziendale in fase di rallentamento, proseguendo nella medesima attività e nel medesimo settore merceologico.

Nel ragionamento seguito dall'Ufficio viene enfatizzato il sopra descritto "disimpegno" dal settore immobiliare che viene valoriz-

zato – anche e soprattutto – attraverso dati empirici rinvenibili dai bilanci d'esercizio. In particolare, viene evidenziato come la composizione quantitativa e qualitativa degli elementi patrimoniali e reddituali del bilancio sia *"notevolmente mutata rispetto a quella degli esercizi precedenti, tendendo ad un sostanziale azzeramento dell'attività d'impresa svolta oltretutto dei relativi asset produttivi"*.

Nella sostanza, secondo l'Amministrazione finanziaria, **la società sarebbe stata "trasformata" in una "scatola vuota" con la conseguenza che il cambio di compagine societaria seguito da una ricapitalizzazione del *business* immobiliare, avrebbe interrotto quella continuità aziendale richiesta dalla norma per non "vestire" la società da "bara fiscale"**.

Da quanto si legge, sembrerebbe dunque che l'Agenzia delle Entrate abbia ritenuto ostativo al riporto delle perdite non tanto l'ipotizzata ricapitalizzazione che il nuovo socio avrebbe disposto al fine di permettere alla società istante di poter tornare ad avere un ruolo attivo nel mercato immobiliare di riferimento quanto, piuttosto, il fatto che la società, prima della cessione, sia passata dallo svolgere un'attività economica reale a non svolgere più alcuna attività.

Questo l'avrebbe trasformata, di fatto, in una "una scatola vuota", la quale, venendo, successivamente rivitalizzata è come se avesse determinato l'inizio di una nuova attività, quantunque operante nel medesimo settore merceologico.

3

CAMBIO DI ROTTA? LA RISPOSTA 214/2022

Il trasferimento del controllo societario e la successiva concessione in affitto dell'unica azienda posseduta, ancorché determini in

11 Cfr. anche Carbone G. "Riporto delle perdite fiscali: rileva l'attività in fatto esercitata", in *questa Rivista*, 5, 2019.

capo alla concedente il **passaggio da una gestione "attiva" ad una di cd. "mero godimento", non preclude il diritto al riporto delle perdite fiscali.**

È quanto emerge dalla lettura della risposta ad interpello 22.4.2022 n. 214¹², ove l'Agenzia delle Entrate è stata chiamata a pronunciarsi con riferimento ad un'operazione complessa di cd. "share and asset deal" in cui al trasferimento totale di controllo della società *target* è stato fatto seguire l'affitto dell'unica azienda, con conseguente cambio da una gestione attiva ad una meramente passiva dei beni aziendali.

Proprio tale passaggio ad una gestione di cd. mero godimento dei beni aziendali aveva fatto sorgere nell'istante il dubbio se tale operazione potesse configurare una "modifica rilevante" dell'attività sociale ai fini dell'applicazione del già più volte citato art. 84 comma 3 del TUIR.

Nel rispondere al quesito, l'attenzione viene subito posta al cuore del problema ovvero cercare di chiarire **quando la modifica dell'attività principale possa essere considerata "sintomo" di elusività.**

Viene, infatti, chiarito che la modifica dell'attività principale può costituire sintomo di elusività sia laddove vi sia il passaggio dell'attività principale svolta dalla società da un comparto merceologico ad un altro, sia, a determinate condizioni, quando il cambiamento avvenga nell'ambito dello stesso comparto merceologico e comporti una espansione/riattivazione della principale attività un tempo esercitata.

Proprio con riferimento a quest'ultima ipotesi vengono offerti nuovi chiarimenti. In particolare, viene precisato che sarà necessario dimostrare se:

1. il passaggio nel medesimo comparto merceologico sia o meno accompagnato dall'apporto di risorse aggiuntive rispetto a quelle fisiologicamente a disposizione della società che riporta le perdite;
2. tali risorse aggiuntive siano riconducibili,

direttamente o indirettamente, al soggetto che acquisisce (o acquisirà) il controllo della società che riporta le perdite.

Fatte tali e tante premesse, l'Agenzia ha appurato che, nel caso in discussione, non vi è stato alcun mutamento sostanziale del tipo di attività svolto dalla società.

Infatti, "l'interposizione del contratto di affitto d'azienda non realizza un sostanziale azzeramento dell'attività oggetto di trasferimento" né il passaggio da una gestione "attiva" ad una di cd. "mero godimento" ne costituisce un sostanziale mutamento.

4

CONCLUSIONI

Le conclusioni raggiunte dall'Amministrazione finanziaria nelle due risposte, sopra commentate, evidenziano un percorso logico seguito dall'Amministrazione finanziaria chiaro. La norma antielusiva di cui all'art. 84 comma 3 del TUIR trova applicazione ogniqualvolta venga accertata una "**discontinuità aziendale**" tra l'attività esercitata nei periodi d'imposta in cui sono state realizzate le perdite e l'attività esercitata a seguito del passaggio di proprietà.

Tale discontinuità potrà emergere, in sede di verifica, sia da un passaggio da un comparto merceologico ad un altro, sia, a determinate condizioni, da una "nuova" attività nell'ambito dello stesso comparto merceologico. In quest'ultimo caso risulterà, altresì, necessario verificare se il "riavvio" dell'attività sia o meno accompagnato alla circostanza che **siano state apportate risorse aggiuntive** rispetto a quelle fisiologicamente a disposizione della società che riporta le perdite e che tali risorse siano **riconducibili, direttamente o indirettamente, al soggetto che acquisi-**

12 Vd. anche Zanetti E. "Affitto d'azienda con riporto delle perdite fiscali pregresse a rischio", *Il Quotidiano del Commercialista*, www.eutekne.info, 17.5.2022.

sce (o acquisirà) il controllo della società che riporta le perdite.

Non ci pare, dunque, a distanza di circa tre anni dalla pubblicazione della risposta 367/2019, che l'interpretazione, definita a tratti rigorosa, dell'art. 84 comma 3 citato sia mutata.

Ed anzi, il concetto di "scatola vuota", presente a chiare lettere nella risposta 367/2019, sembra sia stato riproposto anche nella risposta 214/2022, quando l'Agenzia

delle Entrate, nel parlare di interposizione del contratto di affitto d'azienda, ha precisato che quest'ultimo "*non realizza un sostanziale azzeramento dell'attività oggetto di trasferimento*". Chiaro, ci sembra, il parallelo con la cessione del compendio aziendale presente nella risposta del 2019 che aveva di fatto sancito il "disimpegno" della società e, conseguentemente, enfatizzato il concetto di "scatola vuota".