

SCISSIONE SOCIETARIA E RIPORTO DELLE PERDITE NEI LIMITI DELL'ELUSIONE FISCALE

Risoluzione n. 168 del 30 giugno 2009

Risoluzione n. 256 del 2 ottobre 2009

L'articolo 172 del TUIR al comma 7 prevede che le perdite fiscali delle società partecipanti ad un'operazione di fusione sono utilizzabili da parte del soggetto incorporante o, comunque, risultante dall'operazione straordinaria, soltanto se sono rispettati determinati vincoli definiti "test di vitalità". L'articolo 173 comma 10 del TUIR richiamando le previsioni del citato 172, permette di applicare a *società scisse* le disposizioni riguardanti le società fuse o incorporate ed a *società beneficiarie* le disposizioni riguardanti la società incorporante o risultante dalla fusione, in entrambi i casi con **esclusione da limiti sul riporto delle perdite**, come di seguito illustrato.

Inquadramento normativo

Il regime ordinario delle perdite, stabilito dall'art. 84 del TUIR, permette il riporto delle perdite fiscali pregresse:

1. senza limiti di tempo, laddove siano realizzate da società neo costituite e relative a nuove attività produttive (salvo la previsione antielusiva del comma 3 del medesimo articolo, che

limita il riporto nei casi di trasferimento della maggioranza delle azioni con diritto di voto in assemblea ordinaria o di modifica dell'attività principale rispetto a quella esercitata negli anni in cui le perdite sono state realizzate);

2. nel limite di 5 anni da quando si sono realizzate, negli altri casi.

La disposizione contenuta nell'articolo 173, comma 10, del TUIR, in aggiunta a tale disciplina ordinaria, richiama le *disposizioni del comma 7 dell'art. 172*, e prevede che le perdite delle società che partecipano all'operazione, compresa la società incorporante, possono essere portate in diminuzione del reddito della società risultante dalla fusione o incorporante, per la parte del loro ammontare che non eccede quello del PATRIMONIO NETTO della società che riporta le perdite, quale risulta dall'ultimo bilancio o, se inferiore, dalla situazione patrimoniale redatta ai sensi dell'articolo 2501 quater del codice civile. Il patrimonio netto cui fare riferimento, in tale calcolo, deve essere ridotto dell'importo di eventuali ricapitalizzazioni (conferimenti e versamenti) posti in essere nei ventiquattro mesi precedenti (neutralizzando così i tentativi volti a consentire un pieno, quanto artificioso, recupero delle perdite fiscali). Il diritto al riporto delle perdite è condizionato, in ogni caso, alla permanenza di condizioni di VITALITÀ ECONOMICA DELLA SOCIETÀ IN PERDITA - desunte dai ricavi conseguiti e dalle spese per prestazioni di lavoro subordinato sostenute, al fine di contrastare il cosiddetto "commercio delle bare fiscali", ossia la realizzazione di fusioni con società prive di capacità produttiva poste in essere al fine di attuare la compensazione intersoggettiva delle perdite fiscali di una società con gli utili imponibili dell'altra.

Le perdite che in tali operazioni straordinarie restano nella **disponibilità della società scissa** non sono sottoposte alla speciale disciplina richiamata dall'articolo 172, comma 7, del TUIR, poiché in

capo alla società scissa non si configura un rischio di elusione legato alla "compensazione intersoggettiva" delle perdite, dal momento che la stessa, successivamente alla scissione, mantiene la titolarità di perdite da lei stessa generate, che non possono essere compensate con risultati positivi realizzati da altri soggetti¹.

Nel caso, invece, di perdite fiscali pregresse attribuite a **società beneficiaria preesistente** alla scissione (non di nuova costituzione)², si applicano i limiti del 173 comma 10, con il confronto tra l'ammontare delle perdite trasferite alla beneficiaria ed il patrimonio netto ricevuto per effetto della scissione stessa, sempre rettificato dei conferimenti e dei versamenti effettuati nei 24 mesi precedenti, nel rispetto del test di "vitalità" economica in capo alla società scissa.

Prassi di riferimento

La Risoluzione 168 E/09 ha chiarito che le limitazioni al riporto delle perdite nelle operazioni di scissione non operano nei confronti di società scisse perché non soggette, per quanto detto, a disposizioni antielusive contenute nell'articolo 173, comma 10, del Tuir e non operano, inoltre, nei confronti di **società beneficiarie costituite per effetto della scissione e con patrimonio proveniente unicamente dalla società scissa**.

La Risoluzione 256 E/09, in aggiunta, ha precisato che non tutte le riorganizzazioni societarie, dalle quali deriva nei confronti del contribuente uno sconto fiscale, sono "elusive". Elemento fondamentale ai fini della legittimazione dell'operazione è il legame tra le valide ragioni

¹ L'articolo 173, co. 10, del TUIR, assimila la posizione della società scissa a quella delle società fuse o incorporate.

² Società equiparata a quella risultante dalla fusione o all'incorporante.

economiche, ossia tra il riassetto organizzativo che presuppone un miglioramento ovvero un incremento dell'attività dell'impresa, ed il conseguente risparmio fiscale. La fattispecie studiata riguarda una scissione totale proporzionale di una S.n.c. in due società che si suddividono il ramo operativo e lo stabilimento produttivo, con il dichiarato intento di vendere successivamente le partecipazioni relative al complesso aziendale detenute da parte dei soci persone fisiche.

L'Agenzia delle Entrate, in tale interpello evidenzia che non si ravvisa nell'intenzione dei soci alcuna strategia imprenditoriale che possa giustificare la scissione, se non accedere al più favorevole regime fiscale dei capital gain (articolo 68, comma 3, del TUIR), piuttosto che alla tassazione ordinaria della cessione d'azienda, o di un suo ramo, da parte di soci persone fisiche (articolo 86, comma 2, del TUIR).

27 novembre 2009

dott. Cosimo Turrisi