

SCISSIONE SOCIETARIA E RIPORTO DELLE PERDITE IN PRESENZA DI CONSOLIDATO FISCALE NAZIONALE

ANDREA CRENCA

1. Premessa

L'istituto del consolidato fiscale nazionale (previsto dagli articoli 117-129 del TUIR) permette il calcolo di un reddito unitario complessivo IRES (non avente però rilevanza ai fini IRAP), per tutte le società aderenti al consolidato. Il reddito complessivo risulta eguale (a prescindere dalla eventuale distribuzione di dividendi) alla somma algebrica degli imponibili e delle perdite di ciascuna società partecipante, considerando anche la capogruppo, scaturenti dalle proprie dichiarazioni dei redditi, che devono, in ogni caso, essere redatte e trasmesse. Le perdite o gli imponibili sono presi in considerazione interamente nella determinazione del reddito complessivo, anche nei casi in cui la partecipazione di controllo non sia totalitaria.

E' importante precisare che l'insieme delle disposizioni in esame costituisce un rimedio a quelle che sono talune delle attuali caratteristiche del TUIR conseguenti alla riforma apportata dal D. Lgs. 12 dicembre 2003, n. 344, quali l'abrogazione del credito d'imposta sui dividendi e l'eliminazione della possibilità di svalutare fiscalmente le partecipazioni.

Specialmente quest'ultima facoltà permetteva di attribuire particolare rilievo fiscale alle perdite della società partecipata, decrementando così l'imponibile della partecipante.

Il medesimo obiettivo può essere oggi raggiunto attraverso l'opzione per il consolidato fiscale, che consente, appunto, la compensazione fra i vari risultati (positivi e negativi) delle partecipanti.

Uno dei fulcri del sistema consiste nel fatto che, come stabilito dall'articolo 118, comma 2 del TUIR, le perdite fiscali relative agli esercizi

anteriori all'inizio della tassazione di gruppo possono essere utilizzate solo dalle società cui si riferiscono. Le eccedenze d'imposta riportate a nuovo relative agli stessi esercizi possono essere utilizzate dalla società o ente controllante o alternativamente dalle società cui competono.

2. Soggetti ammessi al consolidato fiscale nazionale

Va preliminarmente ricordato che, in via generale, a norma dell'articolo 117 TUIR, possono aderire al consolidato fiscale nazionale la società o l'ente controllante e ciascuna società controllata rientranti fra le due seguenti tipologie di soggetti:

- 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;

- gli enti pubblici e privati diversi dalle società, i trust, residenti nel territorio dello Stato, che hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali.

Requisito essenziale è che fra i soggetti indicati sussista il rapporto di controllo di cui all'articolo 2359, comma 1, numero 1), del codice civile ovvero che una società disponga della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria di un'altra società. E' questo il c. d. "controllo di diritto", in riferimento al quale si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta: non si computano i voti spettanti per conto di terzi. Oltre a ciò, devono sussistere però anche le condizioni previste dall'articolo 120 TUIR, cioè che la società o l'ente controllante partecipi direttamente o indirettamente, per una percentuale superiore al 50 per cento, sia al capitale che agli utili di bilancio delle controllate. Il calcolo della predetta percentuale va determinato, relativamente all'ente o società controllante tenendo conto della eventuale demoltiplicazione (1) prodotta dalla catena societaria di controllo, senza considerare le azioni prive del diritto di voto esercitabile nell'assemblea generale richiamata dall'articolo 2346 del codice civile.

3. I limiti patrimoniali in caso di riporto delle perdite

Prima di esaminare quale sia l'impatto della scissione sull'architettura del consolidato fiscale nazionale, è necessario prima considerare la disciplina ordinaria del riporto delle perdite in caso di tale operazione straordinaria.

La materia, contenuta nell'art. 173, comma 10, del TUIR è regolata mediante un rinvio, seppur con qualche adeguamento, alle regole previste per le fusioni. Ai sensi del primo periodo del comma 10 dell'art. 173, infatti, alle perdite fiscali delle società che partecipano alla scissione si applicano le norme dell'art. 172, comma 7 TUIR facendo riferire alla società scissa le disposizioni riguardanti le società incorporate o fuse e alle beneficiarie quelle riguardanti la società risultante dalla fusione o incorporante.

Osservando più da vicino le norme citate ci si avvede che un primo limite è di carattere patrimoniale: le perdite delle società che partecipano alla scissione possono essere portate in diminuzione del reddito della società beneficiaria per la parte del loro ammontare che non eccede l'ammontare del rispettivo patrimonio netto quale risulta dall'ultimo bilancio o, se inferiore, dal progetto di scissione di cui all'art. 2506-bis ovvero dalla situazione patrimoniale di cui all'art. 2506-ter, comma 1, senza tener conto dei conferimenti e versamenti fatti negli ultimi ventiquattro mesi anteriori alla data cui si riferisce la situazione stessa (2).

Va considerata, al riguardo, la peculiare situazione della società scissa: infatti, giacché la scissione ha come conseguenza la sua frammentazione e, a volte, un'aggregazione di soggetti distinti laddove vi fosse una beneficiaria preesistente, non si delinea un rischio di elusione connesso alla compensazione delle perdite, visto che la predetta scissa conserva il diritto al riporto di una parte di perdite da essa prodotta, che non possono essere bilanciate con risultati positivi di società diverse.

E' logico quindi concludere che le perdite che restano nella disponibilità della società scissa non sono sottoposte alla speciale disciplina recata dall'articolo 173, comma 10 del TUIR, con la conseguenza che la stessa mantiene pienamente il diritto al riporto delle perdite dalla stessa maturate e non trasferite alla beneficiaria.

Ove, dunque, si verificasse una scissione parziale, la società beneficiaria dovrà per prima cosa applicare le limitazioni alle "proprie" perdite, confrontando l'ammontare delle stesse con il proprio patrimonio netto e poi applicare le medesime limitazioni alle perdite della società scissa, confrontando l'ammontare di quelle da questa trasferite alla beneficiaria con

il patrimonio netto ricevuto per effetto della scissione dalla beneficiaria stessa.

Ciò in quanto nella fattispecie di società beneficiaria preesistente all'operazione di scissione si realizza, infatti, un'unione di soggetti e di conseguenza il pericolo di compensazione delle perdite pregresse derivate dalla società scissa con redditi di una differente società, oppure di elisione in direzione contraria, annullando, in tutto o in parte, le perdite pregresse derivate dalla società beneficiaria con redditi scaturenti dalla scissa.

Va altresì rammentato che, se la beneficiaria deteneva, prima della scissione, una partecipazione nella scissa, le perdite non sono comunque ammesse in deduzione se e nella misura in cui la beneficiaria medesima aveva posto in essere svalutazioni fiscalmente rilevanti della partecipazione.

Il rispetto dell'indicatore descritto non esaurisce però la griglia di parametri da rispettare, giacché necessita altresì il rispetto degli indicatori di vitalità di cui parlerò nel paragrafo successivo.

4. I requisiti economici in caso di riporto delle perdite

Come prima accennato, il diritto al riporto delle perdite viene anche subordinato, visto il richiamo dell'articolo 173 all'articolo 172, a requisiti economici ovvero alla sussistenza di condizioni di vitalità delle società in perdita, desunte da due parametri:

- ricavi conseguiti;
- spese per prestazioni di lavoro subordinato sostenute (3)

Più in dettaglio, il riporto delle perdite è condizionato alla circostanza che dal conto economico della società le cui perdite sono riportabili, relativo all'esercizio precedente a quello in cui la scissione è stata deliberata, risulti 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 (4).

Il motivo dell'introduzione di questa norma è quello di sbarrare il passo a manovre in cui la scissa o la beneficiaria siano società sprovviste di adeguata operatività: operazioni quindi realizzate con l' unica finalità di compensare gli utili imponibili di una società con le perdite fiscali dell'altra.

Ma se fosse consentito il riporto delle perdite fiscali ad una società che è stata volutamente completamente ridotta nella sua redditività nel periodo

di tempo frapposto fra la chiusura dell'esercizio antecedente alla delibera di scissione e la data di efficacia giuridica dell'operazione medesima, la disposizione sopra descritta verrebbe aggirata. Questo problema si è posto quando non esistevano norme che limitassero la compensazione tra risultati positivi e negativi dei periodi infrannuali e cioè antecedentemente all'introduzione, operata da parte dell'articolo 35 D.L. 04.07.2006, n. 223 (convertito in legge dalla L. 04.08.2006, n. 248 con decorrenza dal 12.08.2006), di un'aggiunta al settimo comma dell'articolo 172 TUIR (richiamato, come accennato, per le scissioni, dall'articolo 173, comma 10, TUIR). La retrodatazione consentiva, in sostanza, di compensare dei risultati negativi (anche rilevanti) ante scissione della beneficiaria con eventuali risultati positivi ante fusione della società scissa (o viceversa).

Invece, con le modifiche intervenute, nell'eventualità di retrodatazione degli effetti fiscali della scissione, il test di vitalità (nonché quello relativo al patrimonio netto, v. Agenzia delle Entrate, paragrafo 10 della Circolare 04 agosto 2006, n. 28/E) deve venire assodato pure relativamente alla "spaziatura" di tempo fra il principio del periodo di imposta e il giorno di efficacia giuridica dell'operazione.

La norma, dunque, impone questa ulteriore prova solo nel caso specifico testé esaminato; invece l'Amministrazione finanziaria, nella Risoluzione del 10 aprile 2008, n. 143 e nella recente Circolare n. 9/E del 9 marzo 2010, sostiene che il test di vitalità (ma non quello relativo al patrimonio netto) deve essere comunque posto in essere in ogni caso in cui vi sia un lasso infrannuale di tempo antecedente alla data di effetto della scissione.

Di tale estensione non vi è però traccia nella legge (5), così come non vi sono riscontri normativi circa il fatto che, sempre secondo l'Agenzia delle Entrate, l'ammontare dei ricavi e proventi dell'attività caratteristica e delle spese per prestazioni di lavoro relativi a detto intervallo di tempo dovrebbe essere ragguagliato ad anno, onde permettere che il raffronto con la media dell'ammontare dei medesimi elementi contabili degli ultimi due esercizi precedenti sia compiuto tra dati coerenti (6).

Va comunque ricordato che le disposizioni previste dall'articolo 172, comma 10, sia per i limiti patrimoniali che per quelli economici, possono essere disapplicate dall'Amministrazione finanziaria, su richiesta del contribuente, qualora venga provato che la scissione non configura l'esito di una serie di operazioni elusive finalizzate a abbassare il reddito imponibile di una delle società partecipanti. Infatti, ai sensi dell'articolo 37-bis, comma 8, del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, le norme tributarie che, allo scopo di contrastare comportamenti elusivi, limitano deduzioni, detrazioni, crediti

d'imposta o altre posizioni soggettive altrimenti ammesse dall'ordinamento tributario, possono essere disapplicate se il contribuente argomenti validamente che, nella fattispecie in esame, gli effetti elusivi non potevano aver luogo.

5. Successiva scissione della consolidata, della consolidante e scissione avente come beneficiaria una consolidata.

Una volta delineate le caratteristiche principali sia del consolidato fiscale nazionale che della disciplina delle perdite in caso di scissione, restano da studiare le possibili interazioni fra i due fenomeni. A tale riguardo, il Decreto Ministeriale del 9 giugno 2004 ha fornito le necessarie disposizioni applicative inerenti al regime di tassazione del consolidato nazionale. Di particolare interesse, ai fini della presente trattazione, è quanto stabilito nell'articolo 11, dedicato alle operazioni straordinarie che non interrompono la tassazione di gruppo. Nelle ipotesi di scissioni indicate nei commi 4 e 6, concernenti rispettivamente la scissione di consolidata che non determina una modifica della compagine sociale rilevante ai fini del consolidato e la scissione parziale della consolidante che non modifica gli effetti derivanti dall'opzione alla tassazione di gruppo da parte della scissa, le perdite fiscali concretizzate in vigore del regime non soggiacciono alle limitazioni prima esaminate contenute nel comma 10 dell'articolo 173 del TUIR. Conseguentemente, esse non vanno suddivise tra la società scissa e la società beneficiaria, rimanendo nella disponibilità del sistema del consolidato nazionale. Ciò, naturalmente, non vale per le perdite conseguite in esercizi anteriori all'ingresso nella tassazione di gruppo, nei confronti delle quali rimangono pienamente applicabili tutte le disposizioni di cui all'articolo 173 del TUIR.

Si verifica, dunque, una privazione delle caratteristiche distintive delle perdite prodotte dalle società partecipanti, dal momento che detti risultati, per il solo fatto che sussistano le indicate condizioni, previste e regolate dalla legge, sono trasportati nella c.d. "fiscal unit" (per usare la terminologia utilizzata dall'Agenzia delle Entrate nella citata Circolare 9/E/2010) onde essere inseriti nella somma algebrica degli imponibili dalla quale risulta l'esclusivo risultato di gruppo. Del resto, a testimoniare la natura organica del reddito derivante dal consolidamento, il recente articolo 35 del D.L. 31 maggio 2010, n. 78 (convertito, con modificazioni, dalla L. 30 luglio 2010, n. 122), ha introdotto l'articolo 40-bis al D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600,

stabilendo che le rettifiche del reddito di ogni soggetto che partecipa al consolidato devono essere realizzate con unico atto, mediante il quale viene calcolata la maggiore imposta accertata riferita al reddito complessivo globale. Da notare che la consolidante può chiedere, con apposita istanza, che siano calcolate in diminuzione dei maggiori imponibili derivanti dalle rettifiche di cui sopra le perdite del consolidato ancora non utilizzate.

Un'altra importante fattispecie concernente la scissione viene affrontata dal comma 5 del predetto articolo 11 del D.M. 9 giugno 2004. Detta disposizione prevede che se la consolidata è beneficiaria di una scissione di società, anche non inclusa nella tassazione di gruppo, non si verifica interruzione della tassazione di gruppo. In questo caso, le limitazioni di cui all'articolo 173, comma 10 del TUIR sono riferibili alle perdite relative al ramo scisso della società non inclusa nel consolidato, giacché in questo caso vale sempre il principio generale secondo cui le perdite fiscali relative agli esercizi anteriori all'inizio della tassazione di gruppo possono essere utilizzate solo dalle società cui si riferiscono.

Non va dimenticato che, comunque, l'Amministrazione finanziaria, ai sensi del citato articolo 37-bis del D.P.R. 600/1973, può accertare se la scissione sia stata posta in essere in costanza della tassazione di gruppo al solo scopo di eludere le norme contenute nell'articolo 173, comma 10, del TUIR.

6. Il requisito della costanza della compagine sociale

Requisito fondamentale della possibilità del riporto delle perdite è quindi, in caso di scissione, la circostanza che essa “non comporti modifica della compagine sociale”, come espressamente stabilito dall'articolo 11, comma 4, del Decreto ministeriale del 9 giugno 2004. Ma che cosa si deve esattamente intendere con questa espressione? Orbene, l'enunciato di cui sopra non va interpretato in senso letterale come necessità di un irrigidimento della composizione dei soci, ma va riferito, in modo assai più ampio, all'intera area di consolidamento fiscale, nel senso che condizione essenziale è che non sia intervenuta alcuna modifica sostanziale in relazione alle condizioni richieste dall'articolo 117, comma 1, per l'applicazione della tassazione di gruppo (vedasi a tale proposito la Circolare del 30 marzo 2007, n. 65/E dell'Agenzia delle Entrate). Quindi, la necessità di non cambiare la compagine sociale va intesa come esigenza che per tutti i partecipanti al consolidato persista il requisito primario sancito dall'articolo 117, comma 1, ovvero il rapporto di

controllo di cui all'articolo 2359, comma 1, numero 1, codice civile in ragione del quale è considerata controllata la società in cui un'altra può usufruire della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria nonché il fatto che vi sia (con le precisazioni di cui all'articolo 120 TUIR) una partecipazione sia al capitale che agli utili superiore al 50%.

7. Conclusioni

In definitiva, nei casi di scissione sopra indicati concernenti la scissione di una consolidata, la scissione parziale della consolidante e la consolidata beneficiaria di una scissione, non si decade dalla tassazione di gruppo purché ciò non determini una modifica della compagine sociale nel senso che ho tentato di chiarire e che può riassumersi nella costanza (fra consolidante e consolidate) delle caratteristiche del controllo di diritto e della partecipazione per oltre il cinquanta per cento, in via generale, sia al capitale che agli utili. Ciò in quanto nel consolidato fiscale nazionale ogni società partecipante viene privata dell' "identità" fiscale che la distingue giacché i singoli risultati economici giungono, come effetto di una norma di diritto, nella somma algebrica della tassazione di gruppo dalla quale deriva un unico risultato.

Di conseguenza, le perdite fiscali realizzate in vigenza del regime non possono né essere sottoposte alla disciplina contenuta nell'articolo 173, comma, 10, del TUIR né essere ripartite tra la società scissa e la società beneficiaria. Infatti, per tutto il tempo che il consolidato resta in vita, detti risultati negativi rimangono nella disponibilità esclusiva del consolidato fiscale nazionale. E' di chiara evidenza, però, che tale conclusione non vale per le perdite realizzate in esercizi antecedenti all'entrata nel regime dell'imposizione di gruppo, nei confronti delle quali restano integralmente riferibili le disposizioni normali sulla riportabilità delle perdite in caso di scissione. Ad analoghe conclusioni si giunge nel caso in cui la consolidata divenga beneficiaria di una scissione, con l'importante precisazione, però, che l'eventuale risultato negativo del ramo scisso che viene inglobato soggiace alle limitazioni previste dall'articolo 173, comma, 10, del TUIR.

Note:

1) Circa il concetto di demoltiplicazione si può analizzare l'articolo dello scrivente *Scissione della consolidata e tassazione di gruppo* in "fiscalitax", pag. 1180 ss., n. 9 – settembre 2008;

2) Va notato che "parte della dottrina sostiene che il minor valore del patrimonio netto va assunto se la situazione patrimoniale è successiva alla data di bilancio, altra parte adotta un'interpretazione letterale secondo la quale i dati del patrimonio netto vanno assunti anche se la situazione patrimoniale è antecedente a quella del bilancio". Vedasi Blasi A. – Gurrado A. *Riportabilità delle perdite maturate ante scissione* in "fiscalitax", pag. 1533, n 11 – novembre 2009;

3) sul tema possono essere esaminate le considerazioni di Fusa E., *Aspetti particolari della scissione – Il riporto delle perdite fiscali*, in "fiscalitax", pag. 204 ss., n 2 – febbraio 2010;

4) Esempi con applicazioni di calcoli possono essere utilmente reperiti nel lavoro di Sironi M. *Operazioni straordinarie e limitazioni al riporto delle perdite*, in Guida alla contabilità bilancio – Il sole 24 Ore, pag. 67 ss. N.11 dell'8 giugno 2010;

5) Si vedano al riguardo le osservazioni critiche contenute nella *Norma di comportamento n. 176* dell'Associazione Italiana Dottori Commercialisti- Commissione norme di comportamento e di comune interpretazione in materia tributaria - in www.adcmi.it/norme.aspx;

6) Utili considerazioni, anche con esempi numerici, possono essere rinvenute in Meneghetti P. *Fusioni, due test sulle perdite*, in "Il Sole 24 Ore" - Norme e Tributi, pag. 4 – 05 luglio 2010.