

IL RIPORTO DELLE PERDITE FISCALI NELLA SCISSIONE CON RIFERIMENTO AL LIMITE DEL PATRIMONIO NETTO CONTABILE

di Andrea Crenca (*)

Oggetto del presente lavoro è la problematica legata al riporto delle perdite in caso di scissione societaria, con riferimento a uno dei due parametri richiesti dall'articolo 173, comma 10, Tuir che rimanda al precedente articolo 172, comma 7, relativo alla fusione. Pertanto, l'altro termine di raffronto richiesto (c.d. test di vitalità economico o activity test), legato ai ricavi e ai proventi dell'attività caratteristica confrontati con le spese per lavoro subordinato e relativi contributi, non viene trattato in questo sede, come pure la disciplina legata agli interessi indeducibili oggetto di traslazione in avanti, di cui al dell'articolo 96, comma 4, Tuir, anch'essa richiamata dal citato comma 7.

Nella scissione, principio fondamentale di suddivisione delle perdite è che quest'ultima deve attuarsi in base alla regola di attribuzione delle posizioni fiscali soggettive, prevista dall'articolo 173, comma 4, Tuir, secondo cui, dalla data in cui la scissione ha effetto, dette posizioni (fra le quali rientrano le perdite fiscali pregresse) si ripartiscono nella stessa proporzione con cui è stato frazionato il patrimonio netto contabile trasferito; ovviamente, in caso di scissione parziale, partecipa al calcolo anche la quota rimasta in capo alla scissa.

Orbene, in linea generale, le perdite delle società beneficiarie possono essere portate in diminuzione per la parte del loro ammontare che non supera l'entità del patrimonio netto quale risulta dall'ultimo bilancio, o, se inferiore, dal progetto di scissione di cui all'articolo 2506-bis del codice civile, ovvero dalla situazione pa-

* Dottore commercialista e revisore legale in Roma.

trimoniale ex articolo 2506-ter del codice civile. Ciò, però, non computando i versamenti e i conferimenti eseguiti negli ultimi ventiquattro mesi antecedenti alla data alla quale si riferisce la predetta situazione stessa. E' importante sottolineare che fra gli importi da portare in diminuzione del plafond sono esclusi i contributi concessi dallo Stato o da altri enti pubblici in base alla legge.

Ritengo che la disciplina sulle scissioni, apparentemente eguale a quella delle fusioni, preveda in realtà dei limiti maggiori, in quanto viene inserito un ulteriore parametro rispetto all'operazione "gemella", costituito dal progetto di scissione. In definitiva, quindi, laddove quest'ultimo presenti un patrimonio netto inferiore a quello degli altri due prospetti, esso dovrà essere preso a riferimento ai fini del calcolo del tetto massimo delle perdite fiscalmente rilevanti delle beneficiarie. La circostanza può verificarsi laddove vi sia uno sfasamento, in negativo, fra i valori contabili degli elementi contabili da assegnare ex articolo 2506-bis, comma 1, n. 9), del codice civile e le risultanze degli altri due documenti (ultimo bilancio – situazione patrimoniale).

Un ulteriore aspetto da sottolineare è che le perdite proporzionalmente rimaste nella disponibilità della scissa, in caso di scissione parziale, non sono soggette a limitazioni giacché esse non possono essere utilizzate per compensazioni con le beneficiarie. In definitiva, con riferimento a questa specifica quota della perdita, è come se la scissione non avesse avuto luogo, il che fa sì che il riporto a nuovo della stessa risponda alle regole normali dell'articolo 84 Tuir. Anche le perdite che vengono trasferite a società beneficiarie di nuova costituzione sono liberamente riportabili, dato che la società beneficiaria non presenta precedenti periodi d'imposta.

Ma come dovrà essere classificata la parte di perdita proveniente dalla scissa ma non riportabile? Sono del parere che, come sostenuto da Emanuele Lo Presti Ventura ("Le perdite fiscali e gli interessi passivi indeducibili nelle fusioni e nelle scissioni" in "La rivista delle operazioni straordinarie" – Euroconference, Verona, ottobre 2012, pag. 36), sussista "il diritto della società beneficiaria di imputare liberamente la quota incapiente ai diversi strati di formazione delle perdite pregresse "ereditate", secondo criteri di convenienza". Dovrebbe dunque essere possibile elidere primariamente le perdite compensabili solo limitatamente ai sensi del citato articolo 84 Tuir. Nello stesso senso, come ricordato dallo stesso Autore, si è espressa l'Associazione Italiana Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili nella Norma di comportamento n. 160 dell'aprile 2005.

Un aspetto molto importante della problematica in esame è contenuto in altra parte dell'articolo 172, settimo comma, Tuir, laddove si dispone che la perdita non è comunque riportabile se le azioni o quote della società a cui essa si riferisce erano possedute da beneficiarie preesistenti o dalla scissa, fino a concorrenza della svalutazione operata dalla partecipante.

Tale disposizione vuole contrastare il trasferimento in avanti delle perdite fiscali delle società aderenti alla scissione laddove le perdite medesime siano già state prese a riferimento, in passato, per il calcolo di minusvalenze fiscalmente rilevanti. Una fattispecie aggiuntiva si può verificare allorché la minusvalenza sia stata portata in deduzione da un soggetto terzo, che successivamente all'esercizio a cui si riferisce la perdita, ha venduto le azioni (o quote) a una delle società coinvolte nell'operazione. L'enunciazione stessa della norma induce a supporre che il suo contenuto non possa essere oggetto di disapplicazione giacché qui non si tratta di ostacolare un'operazione elusiva bensì di "sbarrare il passo" a una sorta di duplice deduzione della medesima perdita avvenuta inizialmente attraverso la deduzione della minusvalenza da parte del titolare della partecipazione e, successivamente, a seguito del riporto nell'operazione di scissione.

Un esempio potrà servire a meglio delineare la problematica:

la società B, una delle due compagini beneficiarie preesistenti (insieme a C) della scissione totale di A, possedeva una quota nella società C; a causa di perdite subite da C, B ha venduto tale partecipazione realizzando una minusvalenza deducibile pari a 300. Orbene, le perdite di C potenzialmente utilizzabili nell'operazione di scissione, poniamo pari a 400, saranno utilizzabili solo per 100, importo dato appunto dalla differenza: $400 - 300$.

Va peraltro ricordato che l'area di applicazione di questa disposizione risulta attualmente più ristretta rispetto al passato, atteso che le modifiche introdotte dal D. Lgs. 12 dicembre 2003, n. 344, rendono in assoluto indeducibili le minusvalenze da valutazione su partecipazioni sia immobilizzate che non.

Inoltre, il sistema di tassazione delle società di capitali prevede l'ineducibilità assoluta delle minusvalenze realizzate su partecipazioni dotate dei cosiddetti requisiti Pex (c.d. participation exemption) indicati nell'articolo 87 del Tuir, il che limita viepiù la portata operativa della delineata disciplina. Vista la rilevanza che assume l'eventuale indeducibilità delle minusvalenze ai fini di una successiva operazione di scissione, sarà utile riepilogare le caratte-

ristiche del regime Pex, il quale prevede che per rientrare nello stesso, le partecipazioni debbono possedere tutti i seguenti quattro requisiti:

a) Ininterrotto possesso dal primo giorno del dodicesimo mese antecedente a quello della cessione, ritenendo cedute primariamente le azioni o quote acquisite nel momento più recente.

b) Classificazione nella categoria delle immobilizzazioni finanziarie nel primo bilancio chiuso al tempo del periodo di possesso.

c) La partecipata non deve essere localizzata in uno stato o territorio a regime fiscale privilegiato. Per evitare manovre elusive nell'imminenza della cessione, tale requisito deve sussistere fin dal principio del terzo periodo d'imposta precedente al realizzo stesso, o se successiva, dalla costituzione della partecipata.

d) Esercizio da parte della società partecipata di un'impresa commerciale secondo la definizione di cui all'art. 55. Si presume *iuris et de iure* che questo requisito non sussista per le partecipazioni in società il cui valore del patrimonio netto è per la maggior parte costituito da beni immobili dissimili dagli immobili alla cui produzione o al cui scambio è effettivamente diretta l'attività dell'impresa nonché dagli impianti e fabbricati utilizzati direttamente nell'esercizio d'impresa. Però, sono ritenuti impiegati nell'esercizio d'impresa gli immobili concessi in locazione finanziaria e i terreni su cui la società partecipata esercita attività agricola. La presunzione assoluta della non commercialità per le società il cui patrimonio è costituito prevalentemente da immobili siffatti risponde all'intenzione di vietare il sistema di esenzione alle partecipazioni in società immobiliari di gestione pura, la cui attività si estrinseca maggiormente nella locazione di immobili a terzi. In questi casi, il valore della partecipazione viene giudicato dall'Agenzia delle Entrate come una qualità derivante esclusivamente dal patrimonio immobiliare, intrinsecamente considerato. Quindi, vi è l'obiettivo di impedire che la vendita della partecipazione equivalga, sostanzialmente, alla mera cessione degli immobili e che, di conseguenza, per mezzo della cessione della stessa si trasferiscano in esenzione beni di primo grado (appunto, gli immobili). Come detto, si tratta di una presunzione assoluta, che però, a mio avviso, potrebbe addirittura, in taluni casi, risultare incostituzionale in quanto lesiva dei principi di eguaglianza e di capacità contributiva. Infatti non può negarsi, che in specifiche realtà societarie, la locazione dei beni immobili assuma un rilievo e un'organizzazione tali da dover, quantomeno, consentire una prova diretta della dimostrazione della commercialità

dell'attività svolta, altrimenti il dettato legislativo finirebbe col rappresentare solo un principio non ragionevole e che non trova riscontro nella realtà.

Ritornando ai profili più generali della tematica affrontata, ricordo che l'applicazione della Pex viene consentita solo se viene ceduta un'attività d'impresa realmente esistente e non solo la formale intestazione giuridica degli stessi; vi è pertanto la necessità di operare un esame dell'attività effettivamente esercitata e dell'effettiva destinazione economica degli immobili, al di là dunque sia dalle previsioni dell'oggetto sociale che delle risultanze contabili.

Operativamente, sarà necessario confrontare il valore corrente degli immobili per i quali opera la presunzione più volte citata con il totale dell'attivo patrimoniale, anch'esso rilevato a valori correnti. Laddove il primo importo sia maggiore del secondo, scatterà la preclusione dell'applicazione della participation exemption.

Da un punto di vista più generale ma sempre in relazione a quest'ultimo requisito della Pex, va notato che la nozione di impresa commerciale secondo la caratterizzazione che ne offre l'articolo 55 Tuir, racchiude non solo le attività descritte nell'articolo 2195 del codice civile, ma anche quelle elencate al susseguente comma 2 del medesimo articolo 55. In particolare, si segnala che rientrano nella previsione le prestazioni di servizi, seppure non indicate nell'articolo 2195 citato, qualora esse siano organizzate in forma d'impresa.

Nel caso di partecipazioni in società la cui attività consista solamente o soprattutto nell'assunzione di partecipazioni, le caratteristiche sopra illustrate devono esistere realmente in capo ai soggetti partecipati dalla holding e si considerano sussistenti qualora essi siano presenti nelle partecipate che rappresentano la maggior parte del patrimonio della holding medesima.

Un profilo molto interessante di ineducibilità per le minusvalenze non-Pex, che finisce per avere rilevanti conseguenze nel caso della scissione, è previsto dall'articolo 109, commi 3-bis e 3-ter del Tuir. Il rilievo per la scissione è dato dal fatto che, se la minusvalenza è ineducibile, non scatta nemmeno il meccanismo cautelativo prima delineato nel caso di precedente possesso di quote della scissa da parte della beneficiaria.

La fattispecie ora esaminata concerne esclusivamente le partecipazioni acquisite da non oltre 36 mesi al momento della vendita e sempre che si siano verificate condizioni di cui alle lettere c) e d) (commercialità e residenza) dell'articolo 87 Tuir. L'intento è quello

di impedire che l'acquisto una partecipazione priva dei requisiti per la participation exemption possa prestarsi a finalità volte a diminuire artatamente il carico imponibile (*c.d. dividend washing*). In assenza di una preclusione, si potrebbe infatti svuotare la società degli utili distribuibili, conseguendo in tal modo un ricavo quasi totalmente non imponibile e subito dopo cedere tale partecipazione a terzi, realizzando così una plusvalenza tassabile molto più bassa o addirittura una minusvalenza. Questo fenomeno si verificherebbe per la presenza di tre fattori:

- 1) per i soggetti IRES, i dividendi sono tassati solo sul 5% dell'ammontare complessivo percepito a norma dell'articolo 89, comma 2, Tuir;
- 2) la partecipata, ovviamente, avrebbe un valore inferiore dopo il prelevamento degli utili;
- 3) la minusvalenza sarebbe ammessa in deduzione dal reddito di impresa, perché relativa a partecipazione priva dei requisiti per la participation exemption.

Pertanto, onde evitare queste conseguenze negative per il fisco, il predetto articolo 109, comma 3-bis, stabilisce che le minusvalenze descritte non rilevano (dal punto di vista fiscale) fino a concorrenza dell'importo non imponibile dei dividendi.

In definitiva, in base alla disamina esaminata, si delinea una disciplina delle perdite fiscali in caso di scissione che, pur derivando da quella della fusione, richiede un'analisi in parte diversa e, talora, più approfondita, anche perché il richiamo operato dall'articolo 173, comma 10, Tuir si appalesa piuttosto generico e ciò richiede un lavoro dell'interprete più laborioso, onde non incorrere in errori che potrebbero in parte vanificare gli effetti del principio della neutralità fiscale, che è una delle caratteristiche peculiari di questa operazione straordinaria.