

CIRCOLARE N. 9/E



Roma, 9 marzo 2010

OGGETTO: Riporto delle perdite fiscali nelle operazioni di fusione e scissione che coinvolgono società che partecipano ad un consolidato fiscale nazionale.

INDICE

1. PREMESSA.....	3
2. LA DISCIPLINA DEL RIPORTO DELLE PERDITE NELLE OPERAZIONI DI FUSIONE E SCISSIONE.....	3
2.1. ART. 172, COMMA 7, TUIR.....	3
2.2. ART. 173, COMMA 10, TUIR.....	5
3. OPERAZIONI DI FUSIONE E SCISSIONE CHE COINVOLGONO SOCIETA' CHE PARTECIPANO ALLA TASSAZIONE DI GRUPPO.....	8

1. PREMESSA

Con la presente circolare s'intendono fornire chiarimenti in merito alla disciplina del riporto delle perdite nelle operazioni di fusione e scissione che coinvolgono società che hanno optato per il regime del consolidato fiscale nazionale.

Le disposizioni in materia di consolidato nazionale, contenute negli articoli da 117 a 129 del TUIR e nel decreto ministeriale 23 aprile 2004, non delineano - infatti - un quadro esauriente in merito alla riportabilità delle perdite fiscali in operazioni di aggregazione aziendale.

2. LA DISCIPLINA DEL RIPORTO DELLE PERDITE NELLE OPERAZIONI DI FUSIONE E SCISSIONE

2.1. ART. 172, COMMA 7, TUIR

La disciplina generale delle perdite nell'operazione di fusione - contenuta nell'art. 172, comma 7, del TUIR - 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 l'ammontare del rispettivo patrimonio netto, quale risulta dall'ultimo bilancio o, se inferiore, dalla situazione patrimoniale redatta ai sensi dell'art. 2501-quater del codice civile, senza tener conto dei conferimenti e versamenti fatti negli ultimi ventiquattro mesi anteriori alla data cui si riferisce la situazione stessa”*.

Il patrimonio netto cui fare riferimento (c.d. “limite patrimoniale”) - che costituisce il limite massimo dell'ammontare delle perdite fiscali delle società partecipanti alla fusione riportabili in diminuzione del reddito della società incorporante o risultante dalla fusione - deve, pertanto, 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.

Inoltre, il diritto al riporto delle perdite è condizionato, in ogni caso, alla permanenza di condizioni di vitalità economica (c.d. “requisiti economici”) delle società in perdita - desunte dai ricavi conseguiti e dalle spese per prestazioni di lavoro subordinato sostenute - al fine di verificare che la società portatrice di perdite fiscali pregresse non si sia depotenziata precedentemente all’operazione di fusione.

La *ratio* di tale disposizione è quella di contrastare 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, introducendo un divieto al riporto delle stesse qualora non sussistano quelle minime condizioni di vitalità economica previste dalla norma.

In proposito, si ricorda - come peraltro chiarito in occasione di una risposta ad un’istanza di interpello antielusivo (*cf.*, risoluzione 24 ottobre 2006, n. 116) - che la disposizione in esame richiede, *in primis*, che la società, la cui perdita si vuole riportare, sia operativa, negando, in sostanza, il diritto al riporto delle perdite se non esiste più l’attività economica cui tali perdite si riferiscono. In tal senso, in un’ottica antielusiva, i requisiti minimi di vitalità economica debbono sussistere non solo nel periodo precedente alla fusione, così come si ricava dal dato letterale, bensì debbono continuare a permanere fino al momento in cui la fusione viene attuata. Ai fini di tale verifica, l’ammontare dei ricavi e proventi dell’attività caratteristica e delle spese per prestazioni di lavoro relativi a detto intervallo di tempo deve essere ragguagliato ad anno, per consentire che il raffronto con la media dell’ammontare dei medesimi elementi contabili degli ultimi due esercizi precedenti sia effettuato tra dati omogenei (*cf.*, risoluzione 10 aprile 2008, n. 143).

La stessa disposizione, infatti, verrebbe privata della sua portata antielusiva qualora fosse consentito il riporto delle perdite fiscali ad una società che è stata completamente depotenziata nell’arco di tempo intercorrente fra la

chiusura dell'esercizio precedente alla delibera di fusione e la data di efficacia giuridica dell'operazione medesima.

Ne consegue che l'Amministrazione finanziaria può disapplicare, su richiesta del contribuente da presentare ai sensi dell'articolo 37-bis, comma 8 del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600, la norma in commento solo qualora venga dimostrato che l'operazione di fusione non rappresenta l'epilogo di una manovra elusiva consistente nella fusione di una società priva di vitalità economica, allo scopo di decurtare il reddito imponibile di una delle altre società partecipanti con le perdite fiscali accumulate dall'altra società negli esercizi precedenti la fusione, la cui attività economica sia ormai inesistente.

Inoltre, l'articolo 1, comma 33, lettera *aa*), della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (finanziaria 2008) ha introdotto - a decorrere dal periodo d'imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2007 - nel corpo dell'articolo 172, comma 7, del TUIR, la previsione secondo cui *“le disposizioni del presente comma si applicano anche agli interessi indeducibili oggetto di riporto in avanti di cui al comma 4 dell'articolo 96”*. Sono state, in tal modo, estese agli interessi passivi, che risultano indeducibili nel periodo d'imposta di contabilizzazione e che potranno essere riportati in avanti e dedotti dal reddito dei successivi periodi d'imposta, le medesime limitazioni stabilite dall'ordinamento fiscale con riguardo al riporto delle perdite fiscali pregresse.

2.2. ART. 173, COMMA 10, TUIR

La disciplina delle perdite nell'operazione di scissione - contenuta nell'art. 173, comma 10, del TUIR - risulta regolata mediante un rinvio, seppur con qualche adeguamento, alla disciplina normativa prevista 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 disposizioni del comma 7 dell'art. 172, riferendosi alla società scissa le*

disposizioni riguardanti le società fuse o incorporate e alle beneficiarie quelle riguardanti la società risultante dalla fusione o incorporante...”.

Le considerazioni sopra riportate, su cui trova fondamento la disciplina delle perdite nelle operazioni di fusione, pur rilevando in linea di massima anche per la scissione, devono in ogni caso essere adattate alle caratteristiche di quest'ultima operazione.

Le due operazioni di riorganizzazione aziendale, infatti, presentano differenze significative, atteso che con la fusione si verifica sempre un'aggregazione di soggetti, mentre la scissione comporta in ogni caso la “suddivisione” del soggetto scisso e - solo eventualmente - anche una unificazione di soggetti diversi in caso di beneficiaria preesistente.

In merito alla posizione della società che procede alla scissione, si osserva che non può configurarsi un rischio di elusione legato alla “compensazione intersoggettiva” delle perdite, dal momento che la stessa, successivamente all'operazione, manterrà la titolarità (di una parte) di perdite da lei stessa generate, che non possono essere compensate con risultati positivi realizzati da altri soggetti.

Lo stesso tenore letterale della disposizione contenuta dall'art. 173, comma 10 del TUIR, rinviando alle disposizioni contenute nel comma 7 dell'articolo 172 in materia di fusioni, assimila la posizione della società scissa a quella delle società fuse o incorporate.

Ne deriva 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, non essendo applicabile alle perdite rimaste in carico alla società scissa la disposizione antielusiva ivi contenuta, in quanto - non realizzandosi in capo alla stessa alcuna concentrazione soggettiva - non sussiste il rischio che le stesse possano essere indebitamente compensate con redditi di una diversa organizzazione (*cfr.* risoluzione n.168/E del 30 giugno 2009).

In merito alla posizione della società beneficiaria - che è equiparata alla società risultante dalla fusione o all'incorporante - si osserva come il rischio di elusione legato alla "compensazione intersoggettiva" delle perdite sussiste solo nel caso in cui la beneficiaria stessa preesista alla scissione e non sia, quindi, di nuova costituzione; in tal caso, le limitazioni alla riportabilità recate dal comma 10 in commento riguardano tanto le perdite fiscali pregresse realizzate dalla stessa beneficiaria quanto quelle trasferite dalla scissa in base al criterio di attribuzione proporzionale.

In altre parole, al verificarsi di tale fattispecie, la società beneficiaria dovrà:

- applicare le limitazioni contenute nel comma 10 in commento alle "proprie" perdite, confrontando l'ammontare delle stesse con il proprio patrimonio netto (nettizzato dei conferimenti e dei versamenti effettuati nei 24 mesi precedenti), nel rispetto degli indicatori di vitalità;

- 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 (rettificato dei conferimenti e dei versamenti effettuati nei 24 mesi precedenti), in ogni caso rispettando il test di "vitalità" economica in capo alla società scissa.

In caso di società beneficiaria preesistente all'operazione di scissione si realizza, infatti, un'aggregazione di soggetti (del tutto analoga a quella che si realizza in ipotesi di fusione per incorporazione) e sussiste, pertanto, un possibile rischio di compensazione delle perdite pregresse provenienti dalla società scissa con redditi di un soggetto diverso, o viceversa.

Qualora, invece, la società beneficiaria venga costituita contestualmente e per effetto dell'operazione di scissione, così che il suo patrimonio provenga unicamente dalla scissa, nessun effetto elusivo è ravvisabile con riferimento al riporto delle perdite maturate dalla scissa e trasferite insieme al ramo scisso alla beneficiaria. In tali ipotesi, infatti, la società beneficiaria non è la risultante dell'unione di più organizzazioni, ma, piuttosto, parte di una preesistente

organizzazione che, per mezzo dell'operazione di scissione, si è divisa in più centri di imputazione e che - per ragioni di ordine logico sistematico - mantiene il diritto a riportare le perdite senza limiti, senza necessità di presentare interpello disapplicativo ai sensi dell'articolo 37-bis, comma 8 del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600.

3. OPERAZIONI DI FUSIONE E SCISSIONE CHE COINVOLGONO SOCIETA' CHE PARTECIPANO ALLA TASSAZIONE DI GRUPPO

La norma primaria che disciplina la tassazione di gruppo (*i.e.*, artt. 117 e ss. del Tuir) non contiene alcuna disposizione in merito all'applicabilità delle limitazioni al riporto delle perdite in operazioni di fusione e scissione tra società che hanno optato per il regime del consolidato fiscale nazionale.

L'unico riferimento normativo è fornito dall'articolo 12, comma 1, lettera a), del decreto ministeriale 9 giugno 2004 (*i.e.*, decreto attuativo del regime di tassazione del consolidato nazionale), secondo cui - alle fusioni tra società consolidate - "*si applicano comunque, le disposizioni dell'art. 172, del testo unico...*". La successiva lettera b), estende l'applicazione delle disposizioni recate dalla lettera a), ove compatibili, anche alle ipotesi di scissione di consolidata che non comporta una modifica della compagine sociale rilevante ai fini del consolidato, di cui al comma 4 del precedente articolo 11.

In base al dato letterale, in presenza di operazioni di fusione o scissione realizzate nell'ambito di un consolidato fiscale nazionale, pertanto, troveranno - in linea generale - applicazione le disposizioni limitative al riporto delle perdite contenute rispettivamente nel comma 7 dell'articolo 172 del Tuir e nel comma 10 dell'articolo 173 del Tuir.

Tuttavia - al fine di coordinare tali disposizioni limitative al riporto delle perdite con la disciplina del consolidato fiscale nazionale - è necessario indagare gli effetti, a livello di tassazione di gruppo, dell'operazione di aggregazione

aziendale realizzata (con particolare riferimento alle eventuali conseguenze in termini di perdite fiscali).

In via preliminare, si osserva che uno dei criteri direttivi del regime del consolidato fiscale nazionale è rappresentato dal limite all'utilizzo di perdite fiscali anteriori all'ingresso nel gruppo (*cf.* art. 4, comma 1, lettera a), della legge 7 aprile 2003, n. 80, cd. legge delega per la riforma del sistema fiscale).

Come noto, infatti, l'articolo 118, comma 2, del TUIR stabilisce che "le perdite fiscali relative agli esercizi anteriori all'inizio della tassazione di gruppo possono essere utilizzate solo dalle società cui si riferiscono", prevedendo in buona sostanza che le perdite fiscali maturate anteriormente all'ingresso nel regime possano essere utilizzate esclusivamente dal soggetto che le ha generate in compensazione con i propri redditi; viceversa, nessun limite è previsto per perdite maturate dalle singole società in un esercizio ricompreso nel periodo di validità dell'opzione per la tassazione consolidata, che ai sensi del comma 1 del medesimo articolo 118, vengono "trasferite" al soggetto consolidante al fine della determinazione del reddito complessivo globale di gruppo.

Si evidenzia, inoltre, che qualora la somma algebrica degli imponibili dia luogo ad un risultato fiscale negativo, la perdita residua del consolidato sarà riportata a nuovo, potendo essere utilizzata anche per compensare eventuali imponibili positivi trasferiti alla *fiscal unit* da società "subentrate" nella tassazione di gruppo; il divieto di utilizzo delle perdite fiscali pregresse, di cui al comma 2 dell'art. 118, infatti, non si estende alle perdite del consolidato, quando questo - anche in presenza di ulteriori opzioni esercitate dal soggetto consolidante - prosegue senza perdere la propria identità (*cf.* Circolare 20 dicembre 2004, n. 53/E, par. 4.2.2.2).

Nel disegno del legislatore della riforma fiscale, infatti, il soggetto consolidante conferisce al gruppo univocità e continuità nel tempo, nonostante l'ingresso o la fuoriuscita di altre società; l'unitarietà del consolidato permane fintanto che tutte le opzioni esercitate, anche in epoche diverse, non siano venute

meno, per effetto di eventi che determinano l'interruzione anticipata *in toto* del consolidato o in conseguenza del mancato rinnovo delle stesse.

Ciò premesso, in presenza di operazioni di fusione e scissione che coinvolgono società partecipanti ad un consolidato è necessario - al fine di risolvere, come si è detto, il problema di coesistenza di norme (quelle proprie di fusione/scissione e quelle proprie di consolidato) - distinguere le operazioni che non interrompono la tassazione di gruppo ai sensi dell'articolo 11 del decreto da quelle che, invece, interrompono la stessa prima del triennio ovvero subordinano la continuazione della tassazione su base consolidata alla presentazione dell'interpello ai sensi dell'articolo 11 della legge 27 luglio 2000, n. 212.

Le disposizioni antielusive contenute negli articoli 172, comma 7, e 173, comma 10 del Tuir, statuiscono - al ricorrere di determinate condizioni - il divieto di compensazione intersoggettiva dei risultati fiscali, al fine di contrastare le operazioni di aggregazione societaria realizzate allo scopo di recuperare le perdite fiscali accumulate negli esercizi precedenti da una delle società partecipanti all'operazione.

In particolare, in presenza di operazioni di fusione tra società partecipanti al medesimo consolidato nazionale (*cf.* articolo 11, commi 1 e 2 del decreto) e con perdite fiscali riportabili conseguite "in costanza" di consolidato, può escludersi qualsiasi manovra elusiva tesa a realizzare, con l'operazione di aggregazione, la compensazione intersoggettiva delle perdite fiscali tra i soggetti coinvolti, atteso che questi, per effetto dell'operazione medesima, non possono fruire di alcun vantaggio addizionale in termini di compensazione degli imponibili in quanto le perdite prodotte dalle società aderenti al consolidato "nascono" già compensabili con gli utili di altre società incluse nella tassazione di gruppo.

Il principale beneficio, infatti, che caratterizza la tassazione di gruppo, è rappresentato dall'automatica e integrale compensazione intersoggettiva dei risultati imponibili positivi e negativi realizzati nei periodi di vigenza dell'opzione dai soggetti che ad essa partecipano.

Ne deriva, pertanto, che già il regime di consolidato fiscale nazionale - in assenza di fusione - avrebbe consentito la compensazione intersoggettiva delle medesime perdite conseguite negli esercizi di validità dell'opzione, con la conseguenza che tali operazioni risultano essere - finché permane il regime di tassazione di gruppo - operazioni "neutrali" nei confronti delle perdite fiscali residue risultanti dalla dichiarazione dei redditi del consolidato.

In altre parole, il ricorso all'operazione di fusione non consente alcun vantaggio ulteriore in termini di recupero delle perdite fiscali conseguite in vigenza dell'opzione che le norme sul consolidato già non consentano; le società partecipanti all'operazione, infatti, pur fondendosi, non "fuoriescono" dal medesimo consolidato.

Pertanto, in ipotesi di fusione che, ai sensi dell'articolo 11 del decreto, non interrompono la tassazione di gruppo, le disposizioni limitative al riporto delle perdite devono - per ragioni di ordine logico sistematico - trovare applicazione solo con riferimento alle perdite "pregresse" all'ingresso nel regime consolidato di ciascuna società partecipante all'operazione, rimanendo escluse le perdite prodotte in vigenza del consolidato.

Ciò, naturalmente, non vale per le perdite conseguite in esercizi anteriori all'ingresso nella tassazione di gruppo, nei confronti delle quali rimangono pienamente applicabili le limitazioni di cui all'articolo 172, comma 7 del Tuir.

Ne deriva, pertanto, che - ad esempio - in ipotesi di fusione per incorporazione di società non inclusa in società inclusa nel consolidato (cfr., articolo 11, comma 3 del decreto), le limitazioni di cui all'articolo 172, comma 7 del Tuir risulteranno applicabili limitatamente alle perdite qualificabili ai sensi dell'articolo 118, comma 2 del TUIR (*i.e.*, perdite realizzate dalla società consolidata/consolidante in esercizi anteriori all'ingresso nella tassazione di gruppo e perdite realizzate dalla società non inclusa).

Le riferite considerazioni valgono - in linea generale - anche in ipotesi di scissione che, ai sensi dell'articolo 11 del decreto, non interrompono il consolidato, con la conseguenza ulteriore che - in virtù del principio generale

della unitarietà del consolidato e dello “spossessamento” degli imponibili, realizzati nei periodi di vigenza dell’opzione, dai diversi soggetti in favore della *fiscal unit* - le perdite realizzate dalla società scissa nei periodi di vigenza dell’opzione e trasferite alla tassazione di gruppo rimarranno nella esclusiva disponibilità della *fiscal unit*.

Nel consolidato domestico, infatti, si assiste ad una “spersonalizzazione” dei redditi e delle perdite prodotti dalle società partecipanti al regime nel periodo di vigenza dell’opzione, dal momento che detti risultati vengono *ipso iure* “trasferiti” alla *fiscal unit* per essere inclusi nella somma algebrica degli imponibili dalla quale scaturirà l’unico risultato (positivo o negativo) di gruppo.

Ne deriva che - fintanto che permane la tassazione di gruppo - nessuna variazione al regime di libera circolazione delle perdite prodotte in costanza di consolidato può derivare da un’operazione straordinaria non interrutiva del regime di tassazione di gruppo.

Più in particolare, nelle ipotesi di scissione, indicate dal comma 4 (scissione di consolidata che non determini una modifica della compagine sociale rilevante ai fini del consolidato, *cfr.* Risoluzione 30 marzo 2007, n. 65/E) e dal comma 6 (scissione parziale della consolidante che non modifica gli effetti derivanti dall’opzione alla tassazione di gruppo da parte della scissa) del citato articolo 11 del decreto, che non interrompono la tassazione di gruppo, le perdite fiscali realizzate in vigenza del regime non soggiaceranno alle limitazioni contenute nel comma 10 dell’articolo 173 del TUIR e non potranno essere ripartite tra la società scissa e la società beneficiaria, essendo - finché il consolidato resta in vita - nella esclusiva disponibilità della *fiscal unit*.

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.

Nelle ipotesi di scissione recate dal comma 5, le limitazioni di cui all’articolo 173, comma 10 del Tuir risulteranno applicabili alle perdite realizzate dalla società beneficiaria consolidata in esercizi anteriori all’ingresso nella

tassazione di gruppo e alle perdite relative al ramo scisso della società non inclusa (*i.e.*, perdite qualificabili ai sensi dell'articolo 118, comma 2, del TUIR).

In conclusione, in presenza di operazioni di fusione e scissione che non interrompono la tassazione di gruppo, le disposizioni limitative al riporto delle perdite troveranno applicazione solo con riferimento alle perdite "pregresse" al consolidato, rimanendo escluse le perdite maturate dalla società partecipanti alle operazioni negli esercizi di validità dell'opzione, in quanto nessun effetto elusivo è ravvisabile - almeno da un punto di vista teorico - con riferimento al riporto delle perdite, finché permane la tassazione di gruppo.

Naturalmente - in presenza di operazioni strumentalmente realizzate alla vigilia della cessazione del consolidato e/o da società successivamente fuoriuscite dal perimetro di consolidamento - resta impregiudicato, ai sensi dell'articolo 37-bis del DPR n. 600 del 1973, il potere di sindacato dell'Amministrazione finanziaria volto a verificare se l'operazione sia stata realizzata in vigenza dell'opzione per la tassazione di gruppo al solo fine di eludere le disposizioni contenute negli articoli 172, comma 7, e 173, comma 10, del TUIR.

* * *

Le Direzioni regionali vigileranno affinché le istruzioni fornite e i principi enunciati con la presente circolare vengano puntualmente osservati dagli uffici.