

Attualità

Perdite passate al setaccio

16 Agosto 2006

Alla base dei vari interventi del legislatore, l'inasprimento delle condizioni per il riporto di quelle pregresse

Image not found or type unknown **Thumbnail** I paragrafi 10, 27 e 28 della **circolare 28/E** del 4 agosto 2006 forniscono i chiarimenti interpretativi in materia di riporto delle perdite fiscali pregresse nell'ambito dell'impresa.

In particolare, l'articolo 35, commi 17 e 18, del DI n. 223 del 2006, ha apportato modifiche al regime tributario delle perdite fiscali in sede di fusione e di scissione, il successivo articolo 36, nei commi 9-11, ha modificato il riporto delle perdite fiscali nel regime di trasparenza delle società di capitali, di cui all'articolo 115 del Tuir, e, con i commi 12-14, ha prodotto importanti cambiamenti all'articolo 84 del Tuir in materia di riporto delle perdite da parte di soggetti passivi Ires.

Leitmotiv sottostante a tali modifiche normative è la limitazione al riporto delle perdite fiscali pregresse nell'ambito dell'impresa.

L'articolo 35, comma 17, del menzionato decreto legge modifica la disciplina dei limiti al riporto delle perdite, nell'ipotesi di retrodatazione degli effetti fiscali delle operazioni di fusione e scissione. Il nono comma dell'articolo 172 del Tuir consente alle società che partecipano alla fusione di retrodatare, ai soli fini fiscali, gli effetti della fusione, in tal modo consentendo la compensazione tra di loro dei risultati positivi e dei risultati negativi relativi al periodo d'imposta interessato dall'operazione straordinaria, senza incorrere nelle limitazioni, di cui al comma 7, in tema di riporto delle perdite.

Ebbene, allo scopo di includere nell'ambito di applicazione anche le perdite del periodo interessato dalla retrodatazione, il comma 17 dell'articolo 35 ha aggiunto, al settimo comma dell'articolo 172

del Tuir, il seguente periodo: *“In caso di retrodatazione degli effetti fiscali della fusione ai sensi del comma 9, le limitazioni del presente comma si applicano anche al risultato negativo, determinabile applicando le regole ordinarie, che si sarebbe generato in modo autonomo in capo ai soggetti che partecipano alla fusione in relazione al periodo che intercorre tra l’inizio del periodo d’imposta e la data antecedente a quella di efficacia giuridica della fusione”*.

La circolare chiarisce che *“ratio della modifica in commento deve ricondursi alla volontà del legislatore di contrastare tutte quelle operazioni elusive poste in essere al fine di realizzare un utilizzo strumentale di siffatti risultati negativi “di periodo”. Tale disposizione, infatti, obbligando tutte le società partecipanti alla fusione a subordinare il diritto al riporto delle eventuali perdite “di periodo” alla verifica della sussistenza sia degli “indici di vitalità” sia del limite quantitativo del patrimonio netto, disconosce, in assenza dei predetti requisiti, la possibilità di compensare i teorici risultati “di periodo” che la retrodatazione implicitamente produceva”*.

Come può notarsi, considerata la natura antielusiva della novella legislativa, dovrebbe discenderne la possibilità di disapplicazione, ai sensi dell’articolo 37-*bis*, ottavo comma, del Dpr 600/1973.

A tal fine, il contribuente avrà l’onere di dimostrare che i risultati negativi “di periodo” – oltre ovviamente le perdite fiscali pregresse, qualora esistenti – non sono stati sofferti da società qualificabili come “bare fiscali”, in quanto prive degli indici di vitalità e/o del limite quantitativo di patrimonio netto.

E’ evidente come – fatti salvi macroscopici casi di “bare fiscali” prive della benché minima vitalità operativa – il principale problema discenderà dal rispetto del limite quantitativo del patrimonio netto, peraltro ritenuto irrilevante dallo stesso legislatore ogniqualvolta la compensazione avvenga per il tramite di operazioni sui beni di primo grado anziché per il tramite di operazioni sui soci.

A sua volta, l’indice di vitalità, così come positivamente formulato, non appare idoneo a scongiurare commerci di “bare fiscali”, circostanza che dovrebbe indurre a un generale ripensamento dell’attuale normativa in materia di contrasto al commercio delle “bare fiscali”.

Il nuovo regime è applicabile, per espressa previsione del comma 18 dell’articolo 35, alle operazioni di fusione deliberate dalle assemblee delle società partecipanti successivamente alla data di entrata in vigore del DI n. 223 del 2006, e, cioè, successivamente al 4 luglio 2006. Per quelle deliberate antecedentemente, il medesimo comma 18, stabilisce che *“...resta ferma*

l'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 37-bis del DPR 29 settembre 1973, n. 600", ogniqualvolta - precisa la circolare - si ravvisino *"quei profili di elusività che la disposizione in esame intende comunque contrastare"*. Il che dovrebbe essere inteso nel senso che, ogniqualvolta una delle società partecipanti alla fusione sia qualificabile come "bara fiscale", per le perdite di periodo, non potendo trovare applicazione l'articolo 172, settimo comma, del Tuir, potrebbe trovare applicazione l'articolo 37-bis del Dpr 600/1973, ferma restando, ovviamente, la sussistenza di tutte le condizioni dallo stesso previste, la più problematica delle quali - nel caso in esame - è l'aggiramento di obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario.

Da ultimo, la circolare chiarisce che la disposizione in commento trova applicazione anche per le operazioni di scissione, in forza dell'espresso rinvio all'articolo 172, comma 7, del Tuir, effettuato dall'articolo 173, comma 10, dello stesso Tuir.

Un'ulteriore stretta al riporto delle perdite fiscali pregresse è stata disposta dall'articolo 36, comma 9, del Dl n. 223 del 2006, che modifica il comma 3 dell'articolo 115 del Tuir, aggiungendo alla fine il seguente periodo: *"Le perdite fiscali dei soci relative agli esercizi anteriori all'inizio della tassazione per trasparenza non possono essere utilizzate per compensare i redditi imputati dalle società partecipate"*. Il successivo decimo comma dell'articolo 36 modifica il secondo comma dell'articolo 116 del Tuir, al fine di rendere applicabile la medesima disposizione anche ai soci (persone fisiche) delle società a ristretta base personale che optano per il regime della trasparenza.

Ciò premesso, il documento di prassi specifica che *"scopo della disposizione è quello di introdurre un limite all'utilizzo delle perdite fiscali anteriori alla tassazione per trasparenza, conformemente a quanto previsto per il regime delle perdite adottato nel consolidato fiscale...La modifica contrasta fenomeni di pianificazione fiscale consistenti nel ridurre le partecipazioni detenute in una società al fine di accedere alla tassazione per trasparenza anziché al consolidato fiscale, all'interno del quale non è consentito l'utilizzo di perdite pregresse"*.

Tale chiarimento interpretativo pone la delicata questione se la novella legislativa abbia o meno natura antielusiva.

Qualora dovesse essere riconosciuta natura antielusiva, il contribuente potrà richiederne la disapplicazione ai sensi dell'articolo 37-bis, ottavo comma, Dpr n. 600 del 1973, all'uopo dimostrando che, nel suo caso specifico, gli effetti elusivi scongiurati dalla norma non potevano verificarsi; effetti elusivi consistenti nel ridurre le partecipazioni detenute in società appartenenti al

gruppo societario allo scopo esclusivo o prevalente di accedere alla tassazione per trasparenza. Si ritiene, tuttavia, che la disposizione non abbia natura antielusiva, perché volta a estendere anche al regime di tassazione per trasparenza delle società di capitali il principio generale – già statuito nell’ambito del consolidato nazionale – del divieto di compensazione intersoggettiva delle perdite fiscali pregresse all’opzione.

Ai sensi del comma 11 dell’articolo 36 in esame, le disposizioni hanno effetto dal periodo d’imposta dei soci in corso alla data di entrata in vigore del DI n. 223 del 2006, ma solo con riferimento ai redditi delle società partecipate relativi a periodi d’imposta chiusi a partire dalla predetta data.

L’ultima modifica riguarda i commi 2 e 3 dell’articolo 84 del Tuir, in materia di riporto delle perdite dei soggetti passivi Ires.

In particolare, l’articolo 36, comma 12, lettera a), del DI n. 223 del 2006 modifica le disposizioni contenute nel secondo comma dell’articolo 84, specificando che i primi tre periodi d’imposta, in relazione ai quali è consentito il riporto illimitato delle perdite realizzate, devono decorrere *“dalla data di costituzione”* della società, introducendo la condizione che le perdite *“si riferiscano ad una nuova attività produttiva”*.

Al riguardo, la circolare puntualizza che *“la modifica in commento ha introdotto un requisito “oggettivo”, quello della nuova iniziativa produttiva, in aggiunta a quello “soggettivo”, riferito alla società neo-costituita, al fine di agevolare l’effettivo avvio di una nuova attività imprenditoriale, piuttosto che la continuazione di una “vecchia” attività in capo ad un “nuovo” soggetto”*.

Invero, tale specificazione normativa non è altro che la positivizzazione di quanto già chiarito nella relazione di accompagnamento al Dlgs n. 358 del 1997, che aveva introdotto il riporto illimitato delle perdite fiscali. Tuttavia, in vigore del vecchio secondo comma dell’articolo 84 del Tuir, si era posto il problema se il requisito *“oggettivo”* potesse assumere rilevanza dirimente, non essendo stato espressamente previsto. Il che si verificava ogniqualvolta il contribuente procedeva a operazioni di *lifting* delle perdite, apportando in società di nuova costituzione aziende vecchie, per il tramite di conferimenti o di scissioni.

Il comma 13 dell’articolo 36 in commento, con norma di carattere transitorio, ha disposto che i due nuovi requisiti introdotti nel secondo comma dell’articolo 84 del Tuir devono essere verificati anche con riferimento alle perdite illimitatamente riportabili (secondo la previgente disciplina), relativi a

periodi d'imposta precedenti che non siano state ancora utilizzate alla data di entrata in vigore del decreto. Qualora tali requisiti non dovessero sussistere, le perdite *"possono essere computate in diminuzione del reddito dei periodi d'imposta successivi a quello di formazione, con le modalità previste al comma 1 del medesimo art. 84, ma non oltre l'ottavo"*.

La seconda rilevante modifica all'articolo 84 è stata apportata dall'articolo 36, comma 12, lettera *b)*, del DI n. 223 del 2006, il quale ha soppresso la lettera *a)* del terzo comma dell'articolo 84 del Tuir, comma che impedisce il riporto delle perdite fiscali pregresse al contestuale verificarsi di due condizioni:

1. trasferimento a terzi della maggioranza delle partecipazioni aventi diritto di voto nelle assemblee ordinarie della società che riporta le perdite
2. modifica dell'attività principale in fatto esercitata in un ampio periodo di sorveglianza.

Tuttavia, mentre la lettera *a)* del citato comma 3 consentiva alle società appartenenti a un gruppo societario il riporto delle perdite fiscali pregresse anche in presenza delle predette condizioni, la successiva lettera *b)* permetteva comunque il riporto delle perdite fiscali pregresse, qualora la società riportante le perdite non era qualificabile come "bara fiscale", e ciò a prescindere se l'operazione veniva effettuata o meno nell'ambito di un gruppo societario.

Come chiarito dalla circolare in esame, *"con l'abrogazione - della lettera a) - si impedisce anche alle società appartenenti ad un gruppo il riporto delle perdite pregresse in presenza delle predette condizioni"*.

Tuttavia, rimane irrisolto il fondamentale problema se il riporto delle perdite anche per società appartenenti a un gruppo societario sia garantito dalla successiva lettera *b)*, ogniqualvolta le società non siano qualificabili come "bare fiscali".

La soluzione di tale problema è di fondamentale importanza, in quanto va a riverberarsi sul divieto di compensazione intersoggettiva delle perdite fiscali pregresse all'opzione per il consolidato nazionale e per il regime di trasparenza delle società di capitali.

E' evidente che, in presenza di tali espressi divieti, qualora dovesse evincersi un alt alla compensazione infragruppo delle perdite fiscali pregresse in caso di operazioni sui beni di primo grado, potrebbe dedursi un fondamentale principio generale di divieto di compensazione infragruppo delle perdite fiscali pregresse alle opzioni al consolidato fiscale o al regime di trasparenza delle società di capitali.

A tal fine, nell'ambito dei gruppi societari, al fine di compensare le perdite fiscali pregresse con redditi di altre società del gruppo, risulta superfluo anche il previo trasferimento della maggioranza delle partecipazioni della società che riporta le perdite.

Stante la rilevanza della questione, sarebbe auspicabile un intervento chiarificatore del legislatore.

Ai sensi del comma 14 dell'articolo 36 del decreto, la soppressione della lettera a) dell'articolo 84, comma 3, si applica ai soggetti le cui partecipazioni sono acquisite da terzi a decorrere dalla data di entrata in vigore del DI n. 223/2006.

di

Michele Andriola

URL: <https://www.fiscooggi.it/rubrica/attualita/articolo/perdite-passate-al-setaccio>