

FOCUS

Scissione: perdite fiscali ed eccedenze ACE da ripartire sempre in proporzione alle rispettive quote di patrimonio netto contabile trasferite o rimaste

Commento alla risposta Interpello Agenzia Entrate 2.3.2021 n. 129

DISCLAIMER: Il presente focus ha il solo scopo di fornire informazioni di carattere generale e non costituisce un parere professionale né può considerarsi come sostitutivo di una consulenza specifica. INFORMATIVA SI SENSI DEL REGOLAMENTO EUROPEO 679/16 (GDPR): La presente circolare è inviata a soggetti che hanno fornito liberamente i propri dati personali nel corso di rapporti professionali, di incontri o simili. I dati personali in questione sono trattati per finalità collegate ai rapporti professionali intercorrenti con gli interessati, per finalità informative ma non sono comunicati a soggetti terzi. Il “titolare” del trattamento dati è Studio Righini e Associati con sede in Verona, Piazza Cittadella, 13. Il trattamento dei dati è curato solo da soci, collaboratori e dipendenti incaricati del trattamento o da incaricati di occasionali operazioni di manutenzione. Qualora Lei avesse ricevuto il presente approfondimento per errore oppure desiderasse non ricevere più comunicazioni di questo tipo in futuro potrà comunicarcelo inviando un' email a nae-mailastudiorighini@studiorighini.it

A cura di Amedeo Cesaro

Con la risposta all'Interpello n. 129 del 2.3.2021, l'Agenzia delle Entrate si è espressa con riguardo alla riportabilità delle perdite fiscali e delle "eccedenze fiscali riportabili" (ACE e deducibilità degli interessi passivi) in caso di scissione. L'Agenzia ha evidenziato che tali elementi costituiscono posizioni soggettive generali e che quindi in caso di scissione trova sempre applicazione il criterio di ripartizione proporzionale fra le beneficiarie (e la stessa scissa, in caso di scissione parziale) in base alle rispettive quote di patrimonio netto contabile trasferite o rimaste.

Premessa

Innanzitutto, è da rilevare che, in tema di scissione, per quanto riguarda gli aspetti fiscali ai fini delle imposte dirette, è necessario fare riferimento all'art. 173 del TUIR, il quale ne detta alcune regole specifiche (con un corposo rinvio tuttavia alle norme dettate in materia di fusione). Fra i diversi punti fondamentali affrontati dal legislatore nella norma citata, ai fini del presente *focus*, è necessario richiamare gli aspetti relativi:

- a) alla disciplina delle posizioni soggettive della scissa;
- b) al riporto delle perdite fiscali rilevanti.

a) Disciplina delle posizioni soggettive della scissa

Le "posizioni soggettive" sono un aspetto peculiare dell'operazione di scissione. L'articolo di riferimento è l'art. 173, comma 4, del TUIR, il quale definisce che «*dalla data in cui la scissione ha effetto [...] le posizioni soggettive della società scissa [...] e i relativi obblighi strumentali sono attribuiti alle beneficiarie e, in caso di scissione parziale, alla stessa società scissa, in proporzione delle rispettive quote del patrimonio netto contabile trasferite o rimaste, salvo che trattasi di posizioni soggettive connesse specificatamente o per insiemi agli elementi del patrimonio netto scisso, nel qual caso seguono tali elementi presso i rispettivi titolari*». L'articolo non è di facile interpretazione, soprattutto considerando il fatto che il legislatore non dà alcuna definizione di "posizioni soggettive". È quindi intervenuta l'Agenzia delle Entrate che, con la risoluzione n. 91/E del 19 marzo 2002, ha precisato che per "posizione soggettiva" si intende «*ogni situazione giuridica attiva e passiva generata dalla normativa sulle imposte dirette in capo alla scissa*». Si tratta quindi di «*tutte quelle situazioni di potere e di dovere che avrebbero spiegato effetto nell'attività di misurazione del reddito della scissa nei periodi d'imposta successivi alla scissione*».

Nello specifico, sono, ad esempio, "posizioni soggettive", **connesse a singoli elementi del patrimonio scisso**, che pertanto seguono l'elemento a cui si riferiscono (*c.d.* criterio analitico):

- i.* il valore fiscalmente riconosciuto dei fondi di ammortamento;
- ii.* la durata complessiva dei contratti di locazione finanziaria;
- iii.* la deducibilità nell'esercizio di pagamento dei compensi agli amministratori non corrisposti nell'esercizio di competenza dove la connessione è con i relativi debiti verso gli amministratori;
- iv.* la durata del possesso delle partecipazioni esenti ai sensi dell'art. 87 TUIR dove la connessione è con la partecipazione trasferita;
- v.* l'imponibilità nell'esercizio in cui sono percepiti dei dividendi deliberati ma non ancora corrisposti dalla società partecipata dove la connessione è con il relativo credito.

Sono invece “posizioni soggettive” **non connesse ad elementi del patrimonio scisso** che pertanto devono essere ripartite sulla base della frazione di patrimonio netto contabile attribuita alle beneficiarie o, in caso di scissione parziale, rimasta alla scissa (*c.d.* criterio forfettario):

- i.* le plusvalenze rateizzate;
- ii.* le perdite fiscali riportabili.

Infine, sono “posizioni soggettive” **connesse per insiemi ad elementi del patrimonio scisso** quelle posizioni che non sono soggette a ripartizione secondo la regola del patrimonio netto contabile trasferito/rimasto; tuttavia, non sono neanche posizioni riguardanti i singoli elementi attivi e passivi oggetto di scorporo. Le posizioni soggettive connesse per insiemi ad elementi del patrimonio scisso riguardano quindi indistintamente l'intero ramo d'azienda trasferito ovvero rimasto presso la società scissa.

b) Riporto delle perdite fiscali rilevanti

In breve, senza pretesa di esaustività, la normativa fiscale previgente (art. 123-*bis* TUIR) prevedeva che le perdite fiscali pregresse fossero ripartite fra le società partecipanti all'operazione di scissione in proporzione alle rispettive quote di patrimonio netto contabile trasferite o, in caso di scissione parziale, rimaste alla scissa. Seppur il comma 10 dell'art. 173 del TUIR non riporti più tale previsione normativa previgente, la dottrina quasi unitamente ritiene ancora applicabile il citato criterio di ripartizione delle perdite fiscali pregresse e, pertanto, è ritenuto che la ripartizione delle perdite fiscali in sede di scissione debba continuare a seguire il criterio generale della proporzionalità di cui al comma 4 dell'art. 173 TUIR.

Considerando quindi tali premesse, si va di seguito ad analizzare la recente risposta dell'Agenzia delle Entrate all'Interpello n. 129 del 2.3.2021.

I fatti

In data 2.3.2021 l'Agenzia delle Entrate, con risposta ad Interpello n. 129, ha risolto un quesito presentato dall'istante in merito ad un particolare caso di riparto delle posizioni soggettive fiscali in caso di scissione societaria.

Di seguito si riportano brevemente le principali caratteristiche del gruppo a cui appartiene la società istante, nonché un breve riepilogo delle operazioni straordinarie antecedenti all'operazione di scissione e alla presentazione dell'interpello in commento:

- ALFA (istante) è una società operante all'interno del gruppo BETA, è fiscalmente residente in Italia ed è integralmente controllata da BETA;
- la società ALFA partecipa in qualità di consolidata al consolidato fiscale nazionale *ex artt.* 117 e seguenti TUIR di cui BETA è consolidante;
- ALFA deteneva una partecipazione di circa il 33% in GAMMA, società fiscalmente residente in Italia costituita come *joint venture* fra ALFA, DELTA e OMEGA. Successivamente ALFA ha ottenuto il controllo totalitario di GAMMA, divenendone così socio unico. A seguito di ciò, GAMMA ha aderito al consolidato fiscale di BETA.
- Nel 2018 la società ALFA si fonde con la società GAMMA, per incorporazione di quest'ultima nella prima. Il progetto di fusione prevedeva la retrodatazione all'inizio dell'esercizio 2018 degli effetti contabili e fiscali. Alla data di efficacia giuridica della fusione, GAMMA vantava perdite fiscali portate a nuovo ed eccedenze ACE. ALFA invece non disponeva di perdite fiscali pregresse ed eccedenze ACE. A seguito

del superamento del *test* di vitalità, ALFA ha acquistato il diritto al riporto in avanti delle perdite fiscali di GAMMA e delle eccedenze ACE di GAMMA.

Ora l'istante (ALFA) è prossima ad effettuare una scissione parziale proporzionale, al fine di scindere il ramo estero – che è composto da diverse partecipazioni in società fiscalmente residenti all'estero – dal ramo italiano, il quale è comprensivo del ramo d'azienda GAMMA precedentemente incorporato. Nello specifico, l'architettura dell'operazione consisterebbe nell'attribuire ad una newco il ramo d'azienda italiano di ALFA, e quindi il ramo GAMMA. La newco sarebbe fiscalmente residente in Italia e diverrebbe parte del consolidato fiscale di BETA.

Con la presentazione dell'interpello, l'istante chiede all'Agenzia delle Entrate di confermare che, ai sensi dell'articolo 173, comma 4, ultimo periodo, del TUIR:

- 1) le perdite fiscali di GAMMA facenti capo ad ALFA possano essere analiticamente attribuite alla newco (secondo quindi il criterio *c.d.* analitico definito in premessa), in ragione della specifica connessione di tali posizioni soggettive con il ramo d'azienda GAMMA che sarà trasferito alla newco in sede di scissione;
- 2) allo stesso modo, ossia analiticamente, possano essere attribuite anche le Eccedenze ACE di GAMMA.

La soluzione prospettata dal contribuente

L'istante premette che è a conoscenza che, nella generalità, le perdite fiscali della società scissa si riferiscono indistintamente all'attività complessiva della società scissa e che appaiono quindi difficilmente riferibili in modo specifico ai singoli elementi del patrimonio della società. Di conseguenza, come dottrina e prassi di maggioranza stabiliscono, parrebbe naturale che dette perdite debbano rientrare tra le posizioni soggettive generiche da ripartire fra scissa e la beneficiaria in proporzione al patrimonio netto contabile trasferito o rimasto in capo alla scissa.

Tuttavia, continua l'istante, nel caso di specie, il criterio di ripartizione proporzionale dovrebbe essere superato poiché è ben chiaro che le perdite della società scissa si riferiscono specificatamente ed esclusivamente ad un singolo ramo d'azienda della società, in considerazione anche del fatto che ALFA non ha mai disposto di “proprie” perdite fiscali pregresse ed eccedenze ACE.

Più nel dettaglio, prosegue l'istante, è ben chiaro che le perdite fiscali della società scindenda ALFA sono maturate in passato in capo alla società GAMMA e sono state trasferite ad ALFA solo per effetto della fusione perfezionata nel corso del 2018. Considerando poi che all'esito della prospettata scissione il ramo d'azienda GAMMA diverrà interamente di titolarità della beneficiaria newco, le perdite fiscali dovrebbero considerarsi connesse specificatamente agli elementi del patrimonio scissi (il ramo che le ha generate - *i.e.* GAMMA), con la conseguenza che dovrebbero seguire tale elemento presso il rispettivo titolare. Ad ulteriore supporto della propria tesi, l'istante specifica che la soluzione interpretativa avanzata «è *altresì necessaria per evitare effetti distorsivi in quei particolari casi in cui il ramo d'azienda che ha generato le perdite sia l'unico idoneo ad assorbirle in futuro mediante la generazione di redditi imponibili positivi*», specificando che «*la società scindenda ALFA non sarebbe in grado di utilizzare le perdite fiscali eventualmente non trasferite in sede di scissione se non in misura poco significativa, poiché manterrebbe, a seguito della scissione, quasi esclusivamente partecipazioni societarie generatrici di dividendi e di plusvalenze esclusi ed esenti da imposizione nella misura del 95 per cento ex artt. 89 e 87 TUIR*».

In conclusione, per questi motivi l'istante propenderebbe per ripartire le posizioni soggettive riferibili alle perdite fiscali ed alle eccedenze ACE non sulla base della frazione di patrimonio netto contabile attribuita

alla beneficiaria, bensì secondo il criterio analitico (ossia le perdite fiscali ed eccedenze ACE dovrebbero seguire il ramo GAMMA).

Il parere dell'Agenzia delle Entrate

A seguito delle specificazioni fornite dal contribuente, risultano chiare le motivazioni sottostanti alle argomentazioni dallo stesso presentate al fine di richiedere di ripartire le posizioni soggettive relative alle perdite fiscali ed alle eccedenze ACE secondo il criterio analitico piuttosto che il criterio forfettario. Le ragioni del contribuente, come appare intuibile, non trovano motivazione tanto in una “battaglia ideologica/dottrinale”, bensì trovano una giustificazione molto più pragmatica, ovvero quella di cercare di sfruttare il più efficacemente possibile le perdite fiscali e le eccedenze ACE generatesi in GAMMA. Tali posizioni soggettive, se per effetto della scissione fossero attribuite proporzionalmente anche alla scindenda ALFA, risulterebbero di difficile utilizzo poiché, ALFA, detiene per lo più partecipazioni societarie generatrici di dividendi e di plusvalenze esclusi ed esenti da imposizione nella misura del 95 per cento *ex artt.* 89 e 87 TUIR. La reale capacità di generare nel medio periodo basi imponibili idonee ad assorbire le perdite fiscali e le eccedenze ACE, risiede difatti soltanto nella società beneficiaria che riceve il ramo d'azienda GAMMA precedentemente oggetto di incorporazione.

Ciò premesso, continuando l'analisi, come si vedrà nel proseguo la risposta dell'Agenzia delle Entrate è negativa.

a) Il parere dell'Agenzie delle Entrate in merito alla ripartizione delle perdite fiscali

Innanzitutto, l'Agenzia precisa che, nonostante il fatto che il comma 10 dell'articolo 173 del TUIR non contenga più l'espresso rinvio al comma 4 del previgente articolo 123-*bis* del TUIR, il quale ribadiva l'obbligo di attribuire le perdite della società scissa in proporzione delle rispettive quote del patrimonio netto trasferite alle società beneficiarie ovvero rimaste in capo alla società scissa, la prassi ritiene che la ripartizione delle perdite fiscali in sede di scissione debba continuare a seguire il criterio generale della proporzionalità di cui al comma 4 dell'articolo 173 del TUIR. Difatti, le perdite fiscali non possono essere considerate specifiche posizioni soggettive connesse in via diretta o per insiemis soltanto ad alcuni elementi patrimoniali della scissa poiché sono da considerarsi come una «entità unitaria non imputabile, per natura, a specifici beni patrimoniali», posto che, con la fusione del 2018, vi è stata la “confusione” dell'incorporante e dell'incorporata, per il principio della successione universale (*cf.* Cassazione 6612/83).

b) Il parere dell'Agenzie delle Entrate in merito alla ripartizione delle eccedenze ACE

Stesso ragionamento è seguito dall'Agenzia in merito alla ripartizione delle eccedenze ACE. Innanzitutto, l'Agenzia si interroga se l'ACE rappresenti una posizione giuridica connessa specificamente o meno agli elementi del patrimonio scisso. Citando la Circolare n. 12 del 23 maggio 2014¹, l'Agenzia richiama i chiarimenti forniti in tema di DIT (*Dual Income Tax*) di cui alla Circolare Ministeriale n. 76/E del 6 marzo 1998. In quest'ultima circolare richiamata, era stato affermato che la DIT rappresentava una posizione giuridica soggettiva non specificamente connessa ad alcun *asset* e che quindi fosse da ripartire in base all'attribuzione del patrimonio netto fra scissa e beneficiaria. Pertanto, anche per le eccedenze ACE valgono le medesime conclusioni.

¹ Circolare n. 12 del 23 maggio 2014 «In considerazione delle analogie che caratterizzano alcuni aspetti della norma sull'ACE con le disposizioni già previste per la DIT, devono considerarsi ancora attuali i chiarimenti forniti dall'amministrazione finanziaria in merito alle fattispecie che risultino assimilabili per le due discipline di riferimento (in primis, *cf.* circolare n. 76/E del 6 marzo 1998 del Ministero delle finanze)».

In conclusione, quindi, secondo l'Agenzia delle Entrate, in un'operazione di scissione le perdite fiscali e le eccedenze ACE sono da attribuire e ripartire sempre in proporzione alle rispettive quote di patrimonio netto contabile trasferite o rimaste, e non trova mai applicazione il criterio della riferibilità a specifici elementi del patrimonio scisso.