

BUSINESSJUS

diritto di cui all'articolo 2359, comma 1, numero 1), del codice civile, la società controllante potrà esercitare l'opzione per il consolidato fiscale insieme alla sua controllata.

Una volta esercitata l'opzione, laddove il creditore pignoratizio eserciti il diritto di voto nell'assemblea ordinaria della consolidata Beta S.p.A., si verificherà l'interruzione del consolidato fiscale, fatta salva la facoltà per il contribuente di dimostrare che non c'è stata la perdita del controllo.

7. Rapporto di “controllo rilevante” e partecipazioni sottoposte a sequestro

In linea con quanto già affermato nella circolare n. 53/E del 2004, si ribadisce che le partecipazioni sottoposte a sequestro non possono essere utilmente conteggiate né ai fini della verifica del controllo di diritto, nel senso precisato dall'articolo 2359, comma 1, n. 1), del codice civile, né ai fini della verifica della “partecipazione al capitale sociale”, ai sensi dell'articolo 120, comma 1, lettera *a*), del Tuir. In particolare, a tale ultimo fine, dette partecipazioni sono escluse dal numeratore del c.d. “rapporto di partecipazione al capitale sociale”, mentre devono essere computate al denominatore del predetto rapporto (“capitale sociale di riferimento”). Si tratta, infatti, di titoli che esprimono una quota di partecipazione al “capitale sociale di riferimento” e che, tuttavia, non possono essere inclusi nel numeratore del rapporto, perché non consentono l'esercizio del diritto di voto.

Tale impedimento si verifica anche nell'ipotesi in cui la nomina di custode giudiziario venga attribuita all'amministratore della società che detiene le partecipazioni interessate dal provvedimento restrittivo, dal momento che rimane comunque ferma la dissociazione tra il soggetto titolare

BUSINESSJUS

del capitale di rischio (la società, appunto) e il soggetto legittimato ad esercitare il voto nell'assemblea della società partecipata (il custode giudiziario).

Le partecipazioni sequestrate possono essere utilmente conteggiate, invece, tanto al numeratore quanto al denominatore del rapporto di partecipazione agli utili, in quanto il titolare delle partecipazioni oggetto del provvedimento di sequestro è privato del diritto di voto, ma non del diritto agli utili.

In questa sede, ci si sofferma su un'ipotesi particolare, che è quella in cui la società titolare delle partecipazioni sequestrate abbia impugnato in sede giudiziale il provvedimento cautelare.

Fintanto che non sia stato definito il giudizio di gravame, si ritiene che le partecipazioni sequestrate non possano essere utilmente conteggiate ai fini della verifica del rapporto di "controllo rilevante" di cui agli articoli 117 e 120 del TUIR.

Occorrerà, tuttavia, valutare l'esito del giudizio di gravame alla luce del comportamento adottato dal contribuente.

In presenza di un provvedimento definitivo dell'autorità giudiziaria che annulli la misura cautelare:

- qualora non sia stata ancora esercitata l'opzione per il consolidato fiscale, le partecipazioni sequestrate potranno essere conteggiate utilmente ai fini della verifica del rapporto di "controllo rilevante" e dell'accesso al regime della tassazione di gruppo per i periodi d'imposta successivi a quello in cui è stato disposto il provvedimento definitivo dell'autorità giudiziaria che annulla la misura cautelare;
- qualora, invece, sia stata esercitata l'opzione per il consolidato

BUSINESSJUS

fiscale, questo continuerà a conservare la sua efficacia, sempreché il contribuente abbia *medio tempore* (ovvero, dalla data di emanazione del provvedimento di sequestro fino alla sentenza definitiva di annullamento) posto in essere tutti gli adempimenti previsti dal regime della tassazione di gruppo.

Trova applicazione, in quest'ultimo caso, il principio generale di conservazione degli atti giuridici, vigente in ogni settore dell'ordinamento, per cui, in presenza di una sentenza definitiva di annullamento di un provvedimento di sequestro, mantengono la loro efficacia sul piano civilistico tutti gli atti compiuti *medio tempore* (ovvero, dalla data di emanazione del provvedimento di sequestro fino alla sentenza definitiva di annullamento) dagli amministratori delle società detentrici le partecipazioni sequestrate, tra cui l'opzione per l'accesso/rinnovo del consolidato.

Tali atti conservano la loro efficacia anche sul piano fiscale, motivo per cui l'opzione per l'accesso (e per il rinnovo) del consolidato, esercitata dal contribuente in costanza di sequestro, continua a produrre i suoi effetti, sempre che lo stesso contribuente abbia posto in essere tutti gli adempimenti previsti dal regime della tassazione di gruppo e una successiva sentenza dell'autorità giudiziaria abbia annullato definitivamente il provvedimento di sequestro.

8. Società neo acquisite e opzione per il consolidato fiscale

L'articolo 120, comma 2, del Tuir prevede che *“il requisito del controllo di cui all'art. 117, comma 1, deve sussistere sin dall'inizio di ogni esercizio relativamente al quale la società o ente controllante e la società controllata si avvalgono dell'esercizio dell'opzione”*.

Più precisamente, la norma in questione stabilisce che il requisito del

BUSINESSJUS

“controllo rilevante” deve sussistere ininterrottamente sin dal periodo d’imposta per il quale la controllante e la controllata optano per il consolidato.

Ne consegue che, in via generale, ai fini della verifica della sussistenza del suddetto requisito bisogna avere riguardo tanto all’inizio dell’esercizio della società consolidante quanto all’inizio dell’esercizio della società consolidata.

Un’eccezione alla regola contenuta nel citato comma 2 dell’articolo 120 del Tuir è quella prevista dall’articolo 2 del decreto attuativo che consente alle società neocostituite di optare, a partire dall’esercizio di costituzione, in qualità di consolidate per il regime della tassazione di gruppo.

Ciò, naturalmente, a condizione che la loro costituzione intervenga entro il termine utile per esercitare l’opzione [ossia, ai sensi dell’articolo 119, comma 1, lettera *d*), del Tuir, entro il termine di presentazione della dichiarazione relativa al periodo d’imposta precedente a quello a decorrere dal quale si intende esercitare l’opzione] e che, comunque, risultino rispettate le altre condizioni previste dalla normativa vigente in materia.

Alle società neocostituite nel corso dell’esercizio è, invece, preclusa l’opzione in qualità di controllante: esse potranno esercitare l’opzione in veste di consolidante solo a partire dall’esercizio successivo a quello di costituzione [entro il termine di cui all’articolo 119, comma 1, lettera *d*), del Tuir].

Detta disposizione, tuttavia, come precisato nella circolare n. 53/E del 2004, non opera per le ipotesi in cui:

- tanto la società controllante quanto la società controllata siano società neocostituite, se la data di costituzione della controllante è non successiva alla data di costituzione della controllata;
- la società neocostituita venga ad esistenza nel contesto di fattispecie

BUSINESSJUS

nelle quali sia ravvisabile una successione a titolo universale (ad esempio, fusione per incorporazione ad opera di società neocostituita).

A ben vedere, dunque, con riferimento alla partecipazione delle società neocostituite al consolidato fiscale (a partire dall'esercizio di costituzione e in qualità di consolidate), il legislatore reputa sufficiente la sussistenza del requisito del "controllo rilevante" a partire dall'inizio del loro esercizio, senza guardare invece all'inizio dell'esercizio della controllante.

E questo si desume dal fatto che, se il "controllo rilevante" dovesse essere verificato tanto con riferimento all'inizio dell'esercizio della consolidante quanto con riferimento all'inizio dell'esercizio delle consolidate, le società neocostituite non potrebbero optare, in qualità di consolidate, per il regime della tassazione di gruppo già a partire dall'esercizio di costituzione, mancando il requisito del "controllo rilevante" all'inizio dell'esercizio della controllante, che è, di regola, una società preesistente rispetto alle neocostituite.

Tanto premesso, si ritiene che tale soluzione interpretativa possa essere estesa alla fattispecie del tutto analoga delle società che siano state acquisite dalla controllante in corso d'esercizio (c.d. società neo acquisite) e che, mediante apposita delibera, abbiano fatto coincidere:

a) la data della loro acquisizione da parte della controllante con la data di chiusura dell'esercizio in corso al momento dell'acquisizione;

b) la data di chiusura del primo esercizio successivo alla loro acquisizione da parte della controllante con la data di chiusura dell'esercizio della controllante.

Ciò, naturalmente, a condizione che la loro acquisizione da parte della

BUSINESSJUS

controllante sia avvenuta entro il termine utile per esercitare l'opzione per il consolidato fiscale e che sussistano gli altri requisiti richiesti dalla normativa vigente in materia.

Anche nel caso da ultimo prospettato, infatti, analogamente a quanto accade per le società neocostituite, la società controllante potrebbe immediatamente consolidare i soli risultati fiscali prodotti dalle controllate/neo acquisite durante un periodo d'imposta "interamente controllato" dalla stessa e che si chiude, nel rispetto del requisito dell' "*identità dell'esercizio sociale*", nella stessa data in cui è prevista la chiusura del periodo d'imposta della controllante.

Si ricorda, infatti, che "l'identità di esercizio sociale di ciascuna controllata con quello della società o ente controllante", cui l'articolo 119, comma 1, lettera *a*), del Tuir subordina l'efficacia dell'opzione per il consolidato fiscale, deve intendersi soltanto come identità di chiusura del periodo d'imposta e che il requisito in questione deve ritenersi soddisfatto nel caso di soggetti che abbiano anticipato la chiusura dell'esercizio sociale (deliberando la modifica della decorrenza temporale dello stesso) al fine di renderla omogenea con quella delle altre società che intendono partecipare al consolidato (relazione di accompagnamento al decreto di riforma IRES, richiamata nella circolare n. 53/E del 2004, paragrafo 4.1).

In ogni caso, resta fermo il potere dell'Amministrazione finanziaria di sindacare l'eventuale sussistenza di un'ipotesi di abuso del diritto ai sensi dell'articolo 10-*bis* dello Statuto dei diritti del contribuente, sulla base di un giudizio che non può prescindere dall'esame della fattispecie come concretamente posta in essere e dalla valutazione dell'operazione nel suo complesso. A tal fine può costituire utile elemento di valutazione, ad esempio,

BUSINESSJUS

la circostanza che nel primo periodo d'imposta in cui la società neoacquisita partecipa al consolidato sia previsto il realizzo di significativi effetti reddituali legati alle attività o operazioni svolte precedentemente.

Si consideri il seguente esempio.

La società Alfa S.p.A., avente esercizio coincidente con l'anno solare, acquisisce, in data 31 maggio 2016, il controllo della società Beta S.p.A.

Contestualmente, la società neo acquisita delibera la chiusura anticipata dell'esercizio in corso al 31 maggio 2016 (anziché al 31 dicembre 2016), mentre gli esercizi successivi continueranno a chiudersi il 31 dicembre.

Pertanto, la società neo acquisita avrà:

- un primo esercizio di cinque mesi (1° gennaio 2016 – 31 maggio 2016);
- un secondo esercizio di sette mesi (1° giugno 2016 – 31 dicembre 2016);
- gli esercizi successivi della durata di dodici mesi, perfettamente allineati con l'esercizio sociale del nuovo socio Alfa S.p.A.

In tal caso, la società Beta S.p.A. (società neo acquisita) potrà aderire, in qualità di consolidata, già dall'esercizio 1° giugno 2016 – 31 dicembre 2016, al consolidato fiscale facente capo alla società Alfa S.p.A., dal momento che, sin dal 1° giugno 2016 (data di inizio del primo esercizio successivo alla sua acquisizione da parte della società Alfa S.p.A.), sussiste in capo alla consolidante il requisito del "controllo rilevante" di cui agli articoli 117 e 120 del Tuir.

Si consideri ancora un altro esempio.

In data 30 giugno 2016, la società Alfa S.p.A., con esercizio 1° aprile – 31 marzo, ha acquisito il controllo delle società Beta S.p.A. e Gamma S.p.A.

BUSINESSJUS

Contestualmente, le società neo acquisite hanno deliberato la chiusura anticipata dell'esercizio in corso al 30 giugno 2016 (anziché al 31 dicembre 2016) e la chiusura degli esercizi successivi al 31 marzo di ciascun anno, in modo da avere i dati di bilancio allineati con quelli della nuova società controllante.

Pertanto, le società neo acquisite avranno:

- un primo esercizio di sei mesi (1° gennaio 2016 – 30 giugno 2016);
- un secondo esercizio di nove mesi (1° luglio 2016 – 31 marzo 2017);
- gli esercizi successivi della durata di dodici mesi, perfettamente allineati con l'esercizio sociale del nuovo socio Alfa S.p.A.

In tal caso, le società neo acquisite potranno aderire, in qualità di consolidate, già dall'esercizio 1° luglio 2016 – 31 marzo 2017, al consolidato fiscale facente capo alla società Alfa S.p.A., dal momento che, sin dal 1° luglio 2016 (data di inizio del primo esercizio successivo alla loro acquisizione da parte di Alfa S.p.A.), sussiste in capo alla consolidante il requisito del controllo rilevante di cui agli articoli 117 e 120 del Tuir.

9. La continuazione di consolidato in caso di operazioni straordinarie

Gli effetti della interruzione o prosecuzione del regime di consolidato nazionale in ipotesi di operazioni straordinarie sono disciplinati dall'articolo 124 del Tuir e dagli articoli 11 e 13 del decreto attuativo.

L'articolo 124, comma 1, del Tuir disciplina innanzitutto gli effetti (richiamati nel paragrafo 4.1.1) che si determinano nei casi in cui il requisito del controllo, così come definito dall'articolo 117, cessa per qualsiasi motivo prima del compimento del triennio, determinando l'interruzione della tassazione di gruppo.

BUSINESSJUS

Il successivo comma 4 prevede che, nel caso di fusione della società o ente controllante con società o enti non appartenenti al consolidato, il consolidato può continuare ove la società o ente controllante sia in grado di dimostrare, anche dopo l'effettuazione di tali operazioni, la permanenza di tutti i requisiti previsti ai fini dell'accesso al regime (di cui agli articoli 117 e seguenti del Tuir). Ai fini della continuazione del consolidato, la società o ente controllante può interpellare l'Amministrazione presentando un interpello probatorio (disciplinato dall'articolo 11, comma 1, lettera *b*), dello Statuto dei diritti del contribuente).

Per quanto riguarda il decreto attuativo, l'articolo 11 individua le ipotesi di operazioni straordinarie che non interrompono la tassazione di gruppo, mentre l'articolo 13, comma 1, elenca i casi, ulteriori rispetto a quelli previsti dagli articoli 124, commi 1 e 5, e 126, comma 1, del TUIR, in cui detta interruzione si verifica.

Il comma 2 dell'articolo 13 del decreto attuativo dispone che, nei casi diversi da quelli previsti dall'art. 11 e dal comma 1 del medesimo articolo 13, la continuazione della tassazione di gruppo da parte della società che effettua l'operazione è consentita solo a seguito di risposta favorevole fornita dall'Amministrazione Finanziaria ad un'apposita istanza di interpello ai sensi dell'articolo 11 dello Statuto dei diritti del contribuente, da intendersi quale interpello probatorio.

Oggetto del presente paragrafo è l'approfondimento degli effetti sulla continuazione del consolidato della scissione parziale di una società consolidante a favore di una società beneficiaria di nuova costituzione alla quale sono state trasferite, per effetto della scissione, una o più partecipazioni di controllo nelle società che facevano parte del consolidato della scissa, con

BUSINESSJUS

attribuzione delle perdite, in virtù degli accordi di consolidamento, alle società le cui azioni formano oggetto della scissione.

Alle eventuali partecipazioni non trasferite dalla società scissa alla beneficiaria e rimaste in capo alla scissa si applica il comma 6 dell'articolo 11 del decreto attuativo, per cui la scissione non modifica gli effetti derivanti dall'opzione alla tassazione di gruppo da parte della scissa, fermo restando i requisiti richiesti di cui all'articolo 117, comma 1, del Tuir.

In relazione alle partecipazioni trasferite alla società beneficiaria della scissione parziale, quest'ultima può chiedere la continuazione della tassazione di gruppo mediante l'esercizio del diritto di interpello ai sensi del citato articolo 11 dello Statuto dei diritti del contribuente, trattandosi di un caso diverso da quelli elencati dall'articolo 11 del decreto attuativo (casi in cui la tassazione di gruppo non si interrompe), ma altresì essendo la fattispecie differente da quelle elencate dal comma 1 dell'articolo 13 del decreto attuativo (casi in cui si verifica l'interruzione del consolidato).

In particolare, il contribuente può innanzitutto dimostrare che, fermo restando il requisito del controllo di cui all'articolo 117, comma 1, del Tuir, l'operazione realizzata non determina alcun "effetto distorsivo" in ordine all'istituto del consolidato fiscale, né alcuna strumentalizzazione dei vantaggi fiscali tipici di tale regime di imposizione.

Con riferimento al requisito del controllo delle società già consolidate dalla società scissa e trasferite alla beneficiaria con l'operazione di scissione, si ritiene che la società beneficiaria - che succede nel complesso delle posizioni giuridiche attive e passive della società scissa - soddisfi le condizioni poste dagli articoli 117 e 120 del Tuir.

L'operazione di scissione posta in essere, pertanto, non preclude di per

BUSINESSJUS

sé la continuazione del consolidato preesistente da parte della beneficiaria con le società ad essa trasferite, in quanto quest'ultima subentra nel requisito del controllo preesistente in capo alla scissa con riferimento alle società trasferite, in virtù dell'effetto successorio dell'operazione.

Il consolidato facente capo alla società beneficiaria non si configura, pertanto, come un "nuovo" consolidato, bensì come una parte di quello originario, il cui perimetro di consolidamento è costituito esclusivamente da alcune delle società facenti parte del perimetro del consolidato della società scissa.

Ne consegue che una parte delle perdite fiscali maturate in costanza dell'originario consolidato (e non ancora utilizzate dal medesimo) si intende trasferita senza soluzione di continuità al consolidato che viene ad esistere in conseguenza dell'operazione straordinaria, senza che la stessa sia considerata pregressa rispetto a quest'ultimo, ai sensi dell'articolo 118, comma 2, del Tuir. Nel rispetto delle suddette condizioni, tale soluzione sembra, infatti, escludere profili di strumentalizzazione derivanti dalla compensabilità delle perdite maturate in costanza di consolidato con utili conseguiti da società estranee al consolidato che ha maturato le perdite: nel caso in esame, infatti, in sede di scissione, le partecipazioni detenute dalla scissa nelle società consolidate sono attribuite ad una società beneficiaria di nuova costituzione.

In questa ipotesi, pertanto, appare corretto che le perdite fiscali riferibili alle società consolidate permangano nel consolidato al quale partecipano la società beneficiaria della scissione e le società consolidate di cui è stato trasferito il controllo.

In altri termini, si giunge ad escludere, in un'ottica antielusiva, che, per effetto dell'operazione straordinaria, le società consolidate, di cui viene

BUSINESSJUS

trasferito il controllo, possano conseguire, per effetto dell'adesione al consolidato che fa capo alla beneficiaria, "vantaggi addizionali" che non avrebbero potuto conseguire se fossero rimaste nel preesistente consolidato, fermi restando eventuali profili abusivi che potrebbero scaturire da ulteriori operazioni in questa non contemplate.

A tal fine, assume rilievo determinante la circostanza, come detto, che la beneficiaria, nuova consolidante, altro non è che un "parte" dell'originaria consolidante, subentrando nella titolarità dei rapporti giuridici attivi e passivi riferiti alla quota di patrimonio assegnato, ivi compreso il controllo su alcune partecipate.

Le riferite considerazioni relative alla possibilità da parte della beneficiaria di utilizzare, nell'ambito del suo consolidato, le eventuali perdite fiscali generate nel consolidato originario dalle società trasferite non operano – *tout court* – nella diversa ipotesi di scissione di consolidante a favore di beneficiaria preesistente e dotata già di una propria struttura operativa.

In tal caso, infatti, esisterebbe il pericolo di strumentalizzare l'istituto della continuazione del consolidato in capo alla beneficiaria attraverso la compensazione intersoggettiva tra il risultato fiscale della parte di consolidato che viene trasferito ed il risultato fiscale di un soggetto terzo, estraneo al consolidato.

Parimenti, qualora l'operazione di scissione fosse preordinata a far circolare il consolidato attraverso la cessione delle partecipazioni della consolidante o della maggioranza delle medesime a soggetti terzi (o altre operazioni atte a realizzare i medesimi effetti), le perdite delle società maturate in costanza dell'originario consolidato, ferma restando l'applicazione dell'art. 84, comma 3, del Tuir, sarebbero da considerare pregresse al consolidato.

BUSINESSJUS

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

Roma 26 SETT. 2016

IL DIRETTORE DELL'AGENZIA

Rossella Orlandi

(firmato digitalmente)