



Direzione Centrale Normativa e Contenzioso

Roma, 1° settembre 2009

Oggetto: *Consulenza giuridica – Richiesta di parere in merito alla sussistenza del requisito del controllo di diritto ai sensi dell’articolo 2359, comma 1, numero 1), del codice civile, ai fini dell’accesso al consolidato nazionale*

QUESITO

Nell’ambito dell’attività di controllo in materia di consolidato fiscale nazionale di cui agli articoli 117 e seguenti del Tuir, alcuni uffici hanno chiesto chiarimenti in ordine alla sussistenza, nella fattispecie concreta sinteticamente prospettata alla scrivente, del requisito soggettivo del controllo “rilevante” richiesto dal Tuir ai fini del valido esercizio dell’opzione per il regime.

Più precisamente, nell’ambito di un gruppo consolidato, l’attività di verifica si è focalizzata sul rapporto di controllo esistente tra la consolidante “BETA S.p.A.” (di seguito “BETA”) e una delle consolidate “ALFA S.p.A.” (di seguito “ALFA”).

Il capitale sociale della controllata ALFA è rappresentato da 149.099 azioni ordinarie, con medesimi diritti patrimoniali e di voto, così ripartite:

- 90.950 azioni (pari al 60,99 %) al socio di maggioranza BETA;
- 58.149 azioni (pari al restante 39,01%) al socio di minoranza GAMMA S.p.A (di seguito “GAMMA”).

BETA, avendo il 60,99 % del capitale sociale di Alfa, ha esercitato, congiuntamente a quest’ultima, l’opzione per il consolidato fiscale nazionale.

In base all’articolo ... dello statuto di ALFA, l’assemblea ordinaria in prima convocazione è costituita e delibera con maggioranza superiore al 61% del

capitale sociale. Ai sensi di tale ultima previsione è, inoltre, stabilito che “*in prima e seconda convocazione, l’assemblea straordinaria delibera con il voto favorevole di tanti soci che rappresentino più del sessantuno per cento del capitale sociale*”, con la conseguenza che il socio BETA non è in grado di modificare autonomamente lo statuto di ALFA.

L’articolo ... del medesimo statuto, inoltre, prevede che la nomina da parte dell’assemblea ordinaria dei membri del consiglio di amministrazione avvenga attraverso un procedimento basato sullo scrutinio di lista che non consente al socio di maggioranza BETA di far eleggere un numero di membri tali da rappresentare, in seno a detto organo societario, la maggioranza necessaria per l’approvazione delle delibere consiliari.

Si ritiene, inoltre, che:

- originariamente la controllata ALFA rivestiva la forma di s.r.l. unipersonale di proprietà di GAMMA (attuale socio di minoranza);
- lo statuto di ALFA attualmente in vigore è stato approvato dopo la trasformazione di ALFA da s.r.l. in s.p.a. e prima dell’aumento di capitale che ha consentito l’ingresso nella società ALFA di BETA, quale socio di maggioranza.

In base alle indagini svolte, considerata la natura delle attività (servizi di ...) che ALFA svolgeva e svolge nell’ambito del gruppo di GAMMA, è ragionevole ritenere che lo Statuto sia stato concepito dal socio di minoranza GAMMA, allora socio unico, per non perdere l’influenza su una società incaricata di svolgere servizi importanti e delicati all’interno del proprio gruppo.

Ai fini dell’assetto decisionale interno ad ALFA, la posizione del socio di minoranza GAMMA è ulteriormente rafforzata dalla stipula di patti parasociali tra quest’ultima e BETA che, attribuendo a GAMMA poteri di veto, prefigurano una gestione della società ALFA “*sostanzialmente congiunta*” da parte di BETA e GAMMA.

Stante detto sistema di controllo, in accordo alla normativa sui conti consolidati prevista dal decreto legislativo 9 aprile 1991, n. 127, la società ALFA

si considera “controllata” da GAMMA ai fini della inclusione nel bilancio consolidato di quest’ultima, ancorché (formalmente) socio di minoranza.

Ciò posto, si chiede di precisare se in tale contesto possa dirsi verificata la sussistenza del requisito del “*controllo rilevante*” richiesto dal Tuir ai fini del valido esercizio dell’opzione per il consolidato fiscale nazionale che BETA, in qualità di consolidante, ha esercitato congiuntamente ad ALFA.

SOLUZIONE INTERPRETATIVA PROSPETTATA

Si ritiene che la consolidante BETA, ancorché detenga la maggioranza dei voti esercitabili nell’assemblea ordinaria di ALFA [e, sia pertanto, controllante di diritto di tale ultima società ai sensi dell’articolo 2359, comma 1, n. 1) del codice civile, cui fa espresso rinvio l’articolo 117, comma 1, del Tuir], non possa “di fatto” determinarne l’indirizzo operativo in autonomia rispetto a GAMMA, non essendo, di conseguenza, “*in grado di imporre al socio di minoranza GAMMA la propria volontà in ordine alle scelte gestionali di ALFA*”. Ciò in quanto, in virtù delle clausole statutarie di quest’ultima e dei relativi patti parasociali, “*il socio di minoranza GAMMA vede garantito, non solo un potere di veto sulle scelte più importanti della società ALFA, ma anche e soprattutto, una presenza necessaria e decisiva all’interno dell’organo amministrativo della stessa*”.

È conferma di ciò la “*circostanza che, per l’anno oggetto del controllo, Alfa è stata inclusa nel perimetro di consolidamento civilistico di GAMMA*”.

Alla luce di tali considerazioni, si ritiene che in capo alla consolidante BETA, ancorché quest’ultima detenga il 60,99% dei voti esercitabili nell’assemblea ordinaria di ALFA, non si realizzi il requisito del controllo “rilevante” ai fini dell’accesso al regime in esame.

PARERE DELL’AGENZIA DELLE ENTRATE

In via preliminare, giova ricordare che nel sistema dell’imposta sul reddito delle società (IRES) in vigore dal 1° gennaio 2004, il regime del

consolidato fiscale nazionale rappresenta il “*naturale correttivo all’indeducibilità delle minusvalenze su partecipazioni, consentendo la possibilità di utilizzare immediatamente le perdite fiscali delle società partecipanti in diminuzione dei redditi posseduti dalle altre società del gruppo*” (cfr. relazione governativa di accompagnamento al decreto legislativo 12 dicembre 2003, n. 344, istitutivo dell’IRES).

L’introduzione del regime in parola è stata, in altre parole, finalizzata a fronteggiare la soppressione dei tradizionali sistemi di consolidamento (imperfetto) su cui potevano contare i gruppi di imprese nel previgente sistema, al fine di dare rilevanza ai risultati (positivi e negativi) delle società partecipate. Ci si riferisce, come è noto, da un lato all’abolizione del meccanismo del credito d’imposta sui dividendi (funzionale alla preesistente tassazione definitiva degli utili societari in capo ai soci) e, dall’altro, all’introduzione della generalizzata irrilevanza fiscale delle minusvalenze derivanti dalla valutazione delle partecipazioni societarie (cfr. circolare 16 giugno 2004, n. 25/E, paragrafo 5).

Ciò opportunamente premesso, occorre considerare i seguenti elementi:

1. *ratio* del consolidato fiscale nazionale;
2. dato letterale dell’articolo 117, comma 1, Tuir.

In relazione alla *ratio* del consolidato fiscale nazionale, appare determinante la circostanza che il regime del consolidato sia stato introdotto per offrire ai contribuenti (tra i quali vige un rapporto di partecipazione societaria) la possibilità di (continuare a) compensare gli imponibili all’indomani dell’abolizione del meccanismo del credito di imposta sui dividendi e della eliminazione della rilevanza fiscale delle svalutazioni delle partecipazioni.

Il regime del consolidato nazionale, peraltro, attribuisce il beneficio della compensazione intersoggettiva dei risultati negativi non a tutti i soci partecipanti e pro quota come avveniva nel precedente regime, ma esclusivamente al soggetto controllante e, inoltre, per intero (la perdita evidenziata dalla società consolidata è, infatti, interamente trasferita alla *fiscal unit*, a prescindere dalla percentuale di partecipazione in essa detenuta dalla capogruppo).

Qualora si ritenesse necessario un rapporto di controllo “effettivo” tra soggetto consolidante e società consolidata si arriverebbe a negare *tout court* la possibilità di utilizzo delle perdite del soggetto partecipato in tutti i casi in cui, come quello in esame, il soggetto che dispone della maggioranza dei diritti di voto esercitabili in assemblea non coincide con quello che “di fatto” controlla la società partecipata. In tal caso, infatti, nessuno dei soci della società partecipata potrebbe beneficiare delle opportunità del consolidato, perché non potrebbe consolidare né il controllante di diritto (che non disporrebbe del controllo “effettivo”) né quello di fatto (che non dispone del 50%+1 dei diritti di voto).

In siffatte ipotesi il controllante di diritto, proprio a causa del controllo di diritto, non potrebbe neanche esercitare l’opzione per la trasparenza fiscale.

In relazione, invece, al dato letterale dell’articolo 117, comma 1, l’esercizio dell’opzione per la tassazione di gruppo esige, quale *condicio sine qua non* ai fini della relativa validità, che il soggetto controllante posseda una partecipazione nella società che intende consolidare che sia espressiva di un rapporto di “*controllo rilevante*”, vale a dire assistito dai requisiti previsti dagli articoli 117 e 120 del Tuir (cfr. circolare 20 dicembre 2004, n. 53/E, capitolo 3).

La descritta partecipazione di controllo, in particolare, si considera “rilevante” agli effetti dell’opzione quando, congiuntamente:

- 1) esiste un rapporto di controllo cd. “di diritto” ai sensi dell’articolo 2359, comma 1, n. 1), del codice civile (espressamente richiamato dall’articolo 117, comma 1, del Tuir);
- 2) viene superata la soglia del 50 per cento:
 - a) nella “*partecipazione al capitale sociale*”, ai sensi dell’articolo 120, comma 1, lettera a), Tuir;
 - b) nella “*partecipazione all’utile*” di bilancio, ai sensi dell’articolo 120, comma 1, lettera b), Tuir.

Le soglie indicate al punto 2), lettere a) e b), devono essere entrambe contemporaneamente rispettate al fine del valido esercizio dell’opzione per la tassazione di gruppo e per la permanenza nel regime. Le soglie in questione, più

precisamente, come emerge dalla relazione di accompagnamento al d.lgs. n. 344 del 2003, sono state previste al precipuo fine di conferire rilievo esclusivamente alle azioni detenute in piena proprietà. Ne consegue che, ai fini della verifica del soddisfacimento della sussistenza del requisito del “controllo rilevante”, non può essere attribuita rilevanza, ad esempio, alle azioni costituite in usufrutto o in pegno o oggetto di sequestro.

Al riguardo si rammenta che relativamente alla verifica del soddisfacimento del requisito della “*partecipazione al capitale sociale*”, secondo quanto stabilito dall’articolo 120, comma 1, **lettera a)**, del Tuir, occorre determinare il cd. “*rapporto di partecipazione al capitale sociale*”, scaturente dal confronto tra la “*partecipazione al capitale sociale*” (numeratore) e il “*capitale sociale di riferimento*” (denominatore) costituito esclusivamente dalle azioni ordinarie. Nella determinazione di tale calcolo percentuale occorre escludere sia al numeratore che al denominatore “*le azioni prive del diritto di voto esercitabile nell’assemblea generale richiamata dall’articolo 2346 (rectius, 2364 n.d.r.) del codice civile*” [come testualmente disposto dall’articolo 120, comma 1, lettera a), Tuir], nonché le altre tipologie di titoli rappresentativi del capitale sociale a queste ultime assimilabili (cfr. circolare 53/E del 2004, paragrafo 3.2).

Sotto il profilo letterale la disciplina dettata dal TUIR (e dal D.M. 9 giugno 2004) in tema di consolidato fiscale nazionale compie - all’atto della individuazione del requisito del controllo “rilevante” - esclusivo rinvio alla nozione del controllo civilistico “di diritto assembleare” (figura espressamente richiamata dall’art. 117, comma 1).

Tale ultima disposizione rinvia, infatti, unicamente al requisito del controllo di cui all’articolo 2359, comma 1, n. 1), del codice civile.

Il legislatore dell’IRES, più precisamente, non ha operato nessun altro esplicito riferimento a situazioni concrete che potrebbero comprimere o limitare nello specifico l’esercizio del potere di controllo che il codice civile attribuisce, per presunzione, al soggetto che detiene più del 50% dei voti esercitabili nell’assemblea ordinaria.

Nell'ambito della disciplina del consolidato nazionale, in altri termini, è individuata una nozione di "controllo rilevante" che coincide con quella civilistica di "diritto", non essendo state valorizzate circostanze ulteriori, diversamente, ad esempio, da quanto avvenuto per la disciplina del bilancio consolidato e per quella dell'attività di direzione e coordinamento di società (cfr. per l'individuazione delle rispettive nozioni di controllo, l'articolo 26 del decreto legislativo 9 aprile 1991, n. 127 e l'articolo 2497-*sexies* del codice civile).

In quest'ottica, l'esplicito riferimento effettuato dal legislatore fiscale al requisito del controllo previsto dall'articolo 2359, comma 1, n. 1), appare un rinvio necessario a fornire una regola semplice e di immediata verificabilità che consente di evitare che nell'applicazione della norma sia necessaria verificare anche se sussiste il controllo di fatto. La soluzione, fatta salva ogni circostanza o considerazione di tipo elusivo, appare in linea con al *ratio* della norma.

Ciò posto, con riferimento specifico alle questioni interpretative sollevate da codesta Direzione si formulano le seguenti osservazioni.

Secondo quanto rappresentato alla scrivente, dalla documentazione raccolta e dalle indagini svolte in sede di controllo è emerso che BETA, pur detenendo la "*maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria di ALFA*" [e, quindi, il controllo di "diritto" ai sensi del predetto articolo 2359, comma 1, n. 1)] nella realtà non sarebbe in grado di determinarne l'indirizzo operativo "*in autonomia*" rispetto al socio di minoranza GAMMA, non disponendo, pertanto, dell'effettivo controllo sulla società consolidata.

In tale ipotesi, occorre chiarire se il requisito del "*controllo rilevante*" richiesto dal Tuir in capo alla consolidante BETA (che disponendo di oltre il 50% dei diritti di voto inerenti le azioni della consolidata ALFA si pone, sotto il profilo formale, quale controllante "di diritto" di quest'ultima), sussista anche se - per effetto delle particolari procedure statutarie disciplinanti la nomina del consiglio di amministrazione, nonché il quorum costitutivo e deliberativo delle assemblee ordinarie e straordinarie di ALFA - BETA non sia autonomamente in

grado di imporre la propria volontà su quest'ultima società e, pertanto, di determinarne unilateralmente l'indirizzo gestionale.

Nel caso di specie, inoltre, sono presenti patti parasociali intercorrenti tra BETA e GAMMA che vincolano il socio di maggioranza al parere del socio di minoranza.

La circostanza per cui la società consolidata ALFA, sebbene partecipata in via maggioritaria dalla consolidante BETA, sia "di fatto" controllata dal socio di minoranza GAMMA, risulterebbe ulteriormente avvalorata dal fatto che quest'ultima l'ha inclusa nel proprio bilancio consolidato.

Al riguardo si ritiene che la circostanza secondo cui il controllo della consolidata (ALFA) è, di fatto, esercitato dal socio di minoranza (GAMMA) e non dalla consolidante (BETA), ancorché quest'ultima ne sia la controllante "di diritto", non influenza la sussistenza del requisito del controllo "rilevante" di cui all'art. 117 del Tuir in capo alla consolidante.

In altri termini, l'eventuale impossibilità, di fatto, del soggetto controllante "di diritto" di esercitare il potere di determinare in modo unilaterale ed autonomo le scelte gestionali della società consolidata e di imporre definitivamente ed autonomamente la propria volontà nell'organo assembleare di quest'ultima, non costituisce causa ostativa all'attivazione del regime del consolidato nazionale, qualora, come nel caso di specie, detto soggetto detenga una partecipazione cui corrisponde la maggioranza dei diritti di voto esercitabili nell'assemblea ordinaria della società partecipata.

Le Direzioni regionali vigileranno affinché i principi enunciati nella presente risoluzione vengano applicati con uniformità.