

Risposta n. 301/2022

OGGETTO: Riorganizzazione societaria. Analisi antiabuso ai fini del regime del consolidato fiscale di cui agli articoli 117 e seguenti del TUIR..

Con l'istanza di interpello specificata in oggetto, e' stato esposto il seguente

QUESITO

ALFA (di seguito, anche "Istante") presenta un'istanza di interpello c.d. antiabuso ex articolo 11, comma 1, lettera c), della legge 27 luglio 2000, n. 212 volta a conoscere il parere della scrivente in merito alla riconducibilità ad una fattispecie di abuso del diritto ex articolo 10-*bis* della citata legge n. 212, dell'esercizio dell'opzione per la tassazione di gruppo ex articolo 117 e ss. del Testo Unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917 (di seguito, "TUIR"), in seguito ad un'operazione di riorganizzazione, come *infra* meglio illustrato.

Nell'istanza, ALFA rileva di essere uno dei maggiori operatori mondiali nel settore (...). Tra l'altro ALFA è parte integrante del sistema di importazione (...) (di seguito, "Sistema di importazione").

Dal punto di vista tecnico, il sistema di trasporto che si estende dai (...) è composto da tre sezioni: (...)

L'Istante rileva che: (...)

È intenzione di ALFA gestire tale sistema di importazione congiuntamente con BETA S.p.A. (di seguito, "BETA"), società residente in Italia (...)

L'Istante sottolinea che la prospettata gestione congiunta verrà realizzata mediante le operazioni di riorganizzazione (di seguito, "Riorganizzazione") che si articoleranno nei seguenti passaggi:

a) costituzione in Italia di una società a responsabilità limitata da parte di ALFA (di seguito, "NewCo");

b) conferimento nel 2022 da ALFA e società affiliate ALFA (...) a NewCo delle partecipazioni detenute in (...) (di seguito, "Società Target");

c) cessione da ALFA a BETA del 50% delle azioni di NewCo a meno di una azione (di seguito, "50% - 1 delle azioni");

d) esercizio da parte di NewCo dell'opzione per accedere al consolidato fiscale ai sensi degli articoli 117 e ss. del TUIR già in essere del gruppo ALFA, facente capo ad ALFA in quantità di consolidante (di seguito, "Consolidato ALFA"), con effetto dal 2022.

Al riguardo, ALFA precisa che, sulla base di accordi tra ALFA e BETA, la *governance* di NewCo sarà paritaria, ovvero anche se la partecipazione in NewCo trasferita a BETA è inferiore (di una azione) al 50%, NewCo sarà oggetto di controllo congiunto tra ALFA e BETA.

In particolare, la *governance* societaria di NewCo, a seguito dell'ingresso in società di BETA, prevederà che:

- l'assemblea dei soci di NewCo sarà validamente costituita e delibererà con le maggioranze di legge. Per le materie più rilevanti le deliberazioni potranno essere adottate esclusivamente a maggioranza qualificata, con la presenza e il voto favorevole di tanti soci che rappresentino almeno l'ottanta per cento del capitale sociale;

- due amministratori saranno nominati su designazione di ALFA e due su designazione di BETA. Alla scadenza del termine di carica, il Presidente, e l'Amministratore delegato di NewCo dovranno essere nominati per un periodo

triennale su designazione che sarà effettuata a rotazione da ALFA e BETA;

- il collegio sindacale di NewCo sarà composto da cinque sindaci, di cui tre effettivi e due supplenti; un sindaco effettivo e un sindaco supplente dovranno essere nominati su designazione di ALFA, un sindaco effettivo e un sindaco supplente dovranno essere nominati su designazione scritta di BETA; il presidente del collegio sindacale sarà nominato su designazione che sarà effettuata a rotazione da ALFA e BETA;

- la società incaricata di effettuare annualmente la revisione legale dei conti sarà individuata tra le c.d. *Big Four* di comune accordo tra ALFA e BETA.

Ciò posto, ALFA chiede alla scrivente di confermare che le operazioni di cui agli *step sub c) e d)* della sopra descritta Riorganizzazione (cessione da ALFA a BETA del 50% - 1 delle azioni di NewCo ed esercizio da parte di NewCo dell'opzione per la tassazione consolidata del gruppo ALFA con effetto dal 2022), non siano sindacabili sulla base della clausola antiabuso generale contenuta nell'articolo 10-*bis* della legge 27 luglio 2000, n. 212, in relazione alla disciplina delle imposte dirette.

SOLUZIONE INTERPRETATIVA PROSPETTATA DAL CONTRIBUENTE

ALFA ritiene che la Riorganizzazione sopra descritta non realizzi una fattispecie di abuso del regime del consolidato fiscale di cui agli articoli 117 e seguenti del TUIR. In particolare, l'Istante sostiene che la cessione da Eni a BETA del 50% delle azioni di NewCo a meno di una azione (ossia, il 50% - 1 delle azioni) - che le consente di mantenere quel "+1" dei voti espressione della "maggioranza dei voti esercitabili in assemblea ordinaria" richiesta dall'articolo 117, comma 1, del TUIR, ai fini dell'esistenza di un rapporto di controllo c.d. di diritto *ex* articolo 2359, comma 1, numero 1), del codice civile - ancorché sia inidonea a farle acquisire l'effettivo controllo della NewCo, non renda indebiti i vantaggi conseguenti all'esercizio dell'opzione per il Consolidato ALFA da parte della stessa NewCo.

Questo perché, prosegue l'Istante, *"nel definire il rapporto di controllo c.d. di diritto nell'ambito della nozione di partecipazione rilevante per l'esercizio dell'opzione per la tassazione di gruppo (vedasi gli articoli 117 e 120 del TUIR), il legislatore non ha valorizzato né identificato circostanze ulteriori rispetto al mero controllo di diritto assembleare (che è mantenuto da ALFA per effetto della cessione del 50% del pacchetto azionario a meno di una sola azione) e alla partecipazione - superiore alla soglia del 50% - al capitale e all'utile della società controllata"* (così pag. 6 dell'istanza).

Pertanto, nell'ambito della descritta Riorganizzazione, la prevista cessione a valori di mercato della metà del pacchetto azionario di NewCo a meno di una azione (ossia, il 50% - 1 delle azioni) da parte di ALFA in favore di BETA, è da considerarsi, secondo quanto espresso da ALFA, *"un atto legittimo in sé e anche genuino e non abusivo nella prospettiva dell'esercizio dell'opzione per il regime di tassazione di gruppo di ALFA. La sussistenza del requisito del controllo "rilevante" di cui all'art. 117 del TUIR in capo ad ALFA non è compromessa dal controllo "paritetico" su NewCo esercitato con BETA, per effetto di clausole statutarie. Ancora, quindi, l'accesso al Consolidato da parte di NewCo realizza una condotta tecnicamente ammessa e pienamente legittima"* (così pag. 8 dell'istanza).

PARERE DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE

Occorre premettere che la richiesta di parere antiabuso formulata dall'Istante ha come oggetto la (eventuale) riconducibilità delle singole operazioni descritte nell'ambito della Riorganizzazione [e, segnatamente, degli *step sub c)* e *d)* nell'ambito dello schema operativo delineato dall'Istante nel par. 2 dell'istanza di interpello] a una fattispecie di abuso del diritto in relazione (esclusivamente) alla disciplina del consolidato fiscale nazionale *ex* articoli 117 e ss. del TUIR, naturalmente sul presupposto che tutti i requisiti previsti per l'adesione al regime del consolidato fiscale

siano integrati. Pertanto, si precisa che esula dalla presente indagine ogni valutazione antiabuso su profili diversi da quelli attinenti all'ambito della disciplina del consolidato fiscale nazionale in relazione sia alle singole operazioni rappresentate sia al risultato complessivamente conseguente dalle stesse. Resta, pertanto, impregiudicato qualsiasi potere di controllo da parte dell'Amministrazione finanziaria volto all'esame antiabuso degli aspetti non formanti oggetto della richiesta di parere nell'istanza.

Ciò posto, si rileva che ai sensi dell'articolo 10-*bis*, comma 1, della legge n. 212 del 2000, affinché un'operazione o una serie di operazioni possano essere considerate abusive, l'Amministrazione finanziaria deve identificare e provare il congiunto verificarsi di tre presupposti:

a) la realizzazione di un vantaggio fiscale "*indebito*", costituito da "*benefici anche non immediati, realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario*";

b) l'assenza di "*sostanza economica*" dell'operazione o delle operazioni poste in essere consistenti in "*fatti, atti e contratti, anche tra loro collegati, inidonei a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali*";

c) l'essenzialità del conseguimento di un "*vantaggio fiscale*".

Il mancato riscontro di uno dei tre citati presupposti determina un giudizio di assenza di abusività.

Inoltre, col successivo comma 3 dell'articolo 10-*bis* citato, il legislatore ha chiarito espressamente che non possono comunque considerarsi abusive quelle operazioni che, pur presentando i tre elementi sopra indicati, siano giustificate da valide ragioni extra-fiscali non marginali (anche di ordine organizzativo o gestionale, rispondenti a finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa o dell'attività professionale).

Tutto ciò premesso, di seguito si procederà prioritariamente alla verifica della sussistenza del primo elemento costitutivo dell'abuso del diritto (*i.e.*, l'*indebito* vantaggio fiscale), in assenza del quale l'analisi in discorso dovrà considerarsi

conclusa.

Laddove dovesse ravvisarsi, al contrario, un indebito vantaggio fiscale, si procederà a verificare le ulteriori condizioni applicative della disciplina anti abuso (ovverosia l'assenza della sostanza economica dell'operazione e l'essenzialità del vantaggio indebito). Solo in presenza di tutti gli elementi richiamati *sub* a), b) e c), si procederà all'analisi circa la fondatezza e la non marginalità delle ragioni extrafiscali dedotte.

Per le ragioni che si andranno ad esporre, si ritiene che l'adesione, con effetti dal 2022, al Consolidato ALFA, da parte di NewCo, dopo la cessione a BETA del 50% - 1 delle azioni della stessa NewCo, non integra i presupposti di una fattispecie di abuso del diritto ai sensi del citato articolo 10-*bis*, mancando il conseguimento di vantaggi contrari alla *ratio* delle norme sul consolidato fiscale o ad altro principio generale dell'ordinamento.

Va ricordato che, in generale, l'eventuale risparmio d'imposta derivante dall'accesso al consolidato fiscale nazionale *ex* articoli 117 e ss. del TUIR e, in particolare, dalla compensazione intersoggettiva dei redditi e delle perdite, non può considerarsi indebito in quanto trattasi di un vantaggio offerto dal sistema tributario e, quindi, non contrario ad esso.

In proposito, si ricorda come la definizione (*rectius*, l'allestimento) dell'assetto partecipativo più idoneo ad accedere al regime della tassazione di gruppo a livello domestico di cui agli articoli 117 e ss. del TUIR non possa ritenersi autonomamente espressione di un comportamento elusivo. Ciò è stato chiarito dalla Scrivente in diversi documenti di prassi (cfr. le Circolari n. 53/E del 20 dicembre 2004 e n. 10/E del 16 marzo 2005 e, da ultimo, la Risoluzione n. 40/E del 17 maggio 2018), laddove è stato sottolineato che, "*ferma restando la possibilità di sindacare la elusività delle operazioni di riorganizzazione societaria sulla base di giudizi formulati in relazione all'esame specifico del singolo caso concreto e basati sulla valutazione dell'operazione posta in essere nel suo complesso, in linea di massima operazioni che*

comportino una modifica dei requisiti previsti per l'accesso al regime del consolidato fiscale, ivi incluse quelle relative alla modifica della struttura della catena societaria al fine di realizzare situazioni di controllo rilevante ai fini del consolidamento, non possono qualificarsi automaticamente come elusive".

In proposito, va aggiunto che, nell'ambito della disciplina antiabuso, il legislatore ha, da un lato, introdotto una specifica disposizione (il comma 4 dell'articolo 10-*bis* della legge n. 212 del 2000) volta a salvaguardare "*la libertà di scelta del contribuente tra regimi opzionali diversi offerti dalla legge e tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale*" (escludendo così che l'esercizio di tale libertà configuri *ex se* una fattispecie di abuso) e ha, dall'altro, chiarito espressamente (cfr. il comma 3 del citato articolo 10-*bis*) che non possono considerarsi abusive quelle operazioni che, pur ricorrendo i tre elementi identificativi l'abuso del diritto, sono giustificate da valide ragioni extrafiscali non marginali (anche di ordine organizzativo o gestionale che rispondono a finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa o dell'attività professionale).

In linea di massima, dunque, il porre in essere operazioni volte ad approfittare di opportunità e di vantaggi (quali, *e.g.*, la tassazione consolidata di gruppo) messi a disposizione dall'ordinamento tributario non può configurare una fattispecie di abuso del diritto, laddove il loro conseguimento non sia contrario alla *ratio* delle norme tributarie che li prevedono o ai principi generali dell'ordinamento tributario.

Ciò posto, con riferimento al quesito sottoposto da ALFA e in linea con quanto precedentemente espresso nella risposta all'interpello n. (...) presentato congiuntamente da ALFA e GAMMA, si osserva quanto segue.

Nell'ambito della Riorganizzazione sopra descritta, ALFA ha costituito NewCo per conferirle le partecipazioni delle Società Target al fine di cedere (successivamente) il 50% - 1 delle azioni della stessa NewCo a BETA. Tale operazione consentirà a ALFA, da un lato, di esercitare su NewCo un controllo congiunto unitamente a BETA e, da un lato, di mantenere rispetto alla stessa NewCo la posizione di controllo c.d. di

diritto ex articolo 2359, comma 1, n. 1), del codice civile, così da consentirle l'accesso al Consolidato ALFA a decorrere dal 2022.

Nel caso di specie, si configura, infatti, un'operazione legittima, in quanto finalizzata alla scelta di NewCo ed ALFA di accedere a un regime opzionale - quale quello del consolidato fiscale - previsto dalla legge e pacificamente alternativo rispetto a (*rectius*, concorrente con) quello ordinario (leggasi, in particolare, la Risoluzione n. 40/E del 2018 sopra richiamata).

In particolare, non può ritenersi che la cessione del 50% - 1 delle azioni di NewCo a BETA da parte di ALFA [con il conseguente mantenimento in capo a quest'ultima del "+1" dei voti - concreta espressione della "maggioranza dei voti esercitabili in assemblea ordinaria" richiesta ai fini dell'esistenza di un rapporto di controllo c.d. di diritto *ex* articolo 2359, comma 1, n. 1), del codice civile], anche se finalizzato ad attuare un controllo congiunto su NewCo da parte di detti soggetti, renda indebiti i vantaggi conseguenti all'esercizio dell'opzione per il Consolidato ALFA. Ciò in quanto, nel definire il rapporto di controllo c.d. di diritto nell'ambito della nozione di partecipazione rilevante per l'esercizio dell'opzione per la tassazione di gruppo (cfr. gli articoli 117 e 120 del TUIR), il legislatore non ha valorizzato né identificato circostanze ulteriori rispetto al mero controllo di diritto assembleare (che ben può integrato anche attraverso l'aggiungersi di una e sola azione, come nel caso in esame) e alla partecipazione - superiore alla soglia del 50% - al capitale e all'utile della società controllata NewCo, in conformità al disposto dell'articolo 120, comma 1, lettere a) e b), del TUIR.

Come già affermato dalla scrivente nella Risoluzione 1° settembre 2009, n. 245/E, la legge e il corrispondente decreto attuativo in materia di consolidato fiscale nazionale (cfr. il D.M. 9 giugno 2004, successivamente sostituito dal D.M. 1° marzo 2018), rinviano al requisito del "controllo di diritto assembleare" di cui all'articolo 2359, comma 1, n. 1), del codice civile, senza dare rilievo al fatto che, in determinate situazioni, l'esercizio del controllo "di diritto" (che il codice civile attribuisce, per

presunzione, al soggetto che detiene più del 50% dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria) può essere eventualmente compresso per via di particolari clausole statutarie e/o di accordi parasociali.

Più precisamente, nel documento di prassi sopra richiamato la scrivente ha precisato che *"la circostanza secondo cui il controllo della consolidata (...) è, di fatto, esercitato dal socio di minoranza (...) e non dalla consolidante (...), 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".* Inoltre, *"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".*

Da ultimo, è necessario valutare l'eventuale profilo abusivo ravvisabile rispetto alla circostanza che NewCo, società caratterizzata da *governance* paritetica (il tutto sostanzialmente a prescindere dalle quote possedute dai due soci), permanga nel Consolidato ALFA a seguito del descritto passaggio azionario, in un contesto in cui tale operazione è comunque, e fin dall'inizio, destinata a non consentire al soggetto cedente-consolidante (ALFA) di esercitare un controllo "di fatto" su NewCo stessa.

Come già chiarito nella risposta all'interpello n. (...) presentato congiuntamente da ALFA e GAMMA e dalla richiamata Risoluzione n. 40/E non può ritenersi indebito il vantaggio fiscale derivante dall'adesione al regime del consolidato fiscale ottenuta attraverso una serie di operazioni direttamente e specificamente volte ad approntare un assetto societario tale da consentire l'accesso a detto regime pur in presenza di un modello di *governance* paritetica (con un soggetto estraneo al perimetro di

consolidamento) della società consolidata. Al pari, in presenza (e al permanere) delle condizioni che legittimano l'accesso al regime del consolidato fiscale (il controllo c.d. di diritto ex articolo 2359, comma 1, n. 1, del codice civile - anche espresso dal 50% + 1 delle azioni - e il verificarsi del superamento contemporaneo della soglia del 50% della partecipazione al capitale e agli utili), anche il rimanere in tale regime fiscale (nel caso in esame, nel Consolidato ALFA) non realizza alcun vantaggio fiscale indebito.

Il presente parere viene reso sulla base dei fatti, dei dati e degli elementi prima esaminati, assunti acriticamente così come esposti nell'istanza di interpello, nel presupposto della loro veridicità e concreta realizzazione. Si ribadisce, in particolare, che resta impregiudicato, ai sensi dell'articolo 10-*bis* della legge n. 212 del 2000, ogni potere di controllo dell'Amministrazione Finanziaria volto a verificare se l'intera operazione descritta nell'interpello ed eventuali altri atti, fatti o negozi ad essa collegati e non rappresentati dalle Istanti si inseriscano in un più ampio disegno abusivo, pertanto, censurabile.

**Firma su delega del
CAPO DIVISIONE AGGIUNTO e
DIRETTORE CENTRALE ad interim
Vincenzo Carbone
Delega n. 43080 del 10 febbraio 2022**

IL CAPO SETTORE

(firmato digitalmente)