

Giugno 2018

Fusione per incorporazione intracomunitaria e continuazione del consolidato fiscale

Avv. Alberto Fuccio e Dott. Raffaele Villa, Adv. LL.M., EY Studio Legale Tributario

1. Premessa

L’Agenzia delle Entrate – Direzione Centrale Coordinamento – mediante risposta a interpello non pubblicata¹, ha recentemente affermato che la fusione per incorporazione di una consolidata italiana in una società di diritto irlandese non determina l’interruzione del consolidato fiscale.

Al fine di giungere a tali conclusioni l’Amministrazione finanziaria ha adottato un’interpretazione innovativa delle disposizioni di cui agli artt. 124, comma 5, del Decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917 (“**Tuir**”) e 13, comma 1, lett. f) del Decreto 9 giugno 2004 (oggi sostituito dal D.M. 1 marzo 2018 – “**Decreto Attuativo**”), in tema di interruzione del consolidato, che tenesse conto della novella normativa introdotta dal Decreto Legislativo 14 settembre 2015, n. 147 (“**Decreto Internazionalizzazione**”).

Segnatamente, la fattispecie delineata dall’istante – banca italiana – riguardava la fusione per incorporazione in una società Ue, integralmente controllata dall’istante, di una società italiana ugualmente controllata dall’istante (“**ItaCo**”). Era altresì previsto che tutte le attività e le passività di ItaCo sarebbero confluite in una (nuova) stabile organizzazione italiana dell’incorporante.

La società istante, in qualità di consolidante, e la sua controllata italiana, in qualità di consolidata, avevano aderito al consolidato fiscale. La questione controversa era, pertanto, quella relativa all’interruzione o meno del consolidato nazionale sussistente tra l’istante/consolidante e la ItaCo/consolidata. E, infatti, la fusione fra la consolidante e la consolidata, nonché la conseguente mutazione della seconda in una stabile organizzazione in Italia della prima, avrebbero potuto essere eventi astrattamente in grado di interferire con la prosecuzione del regime di consolidato fiscale nazionale.

Invero, si rileva che il combinato disposto dei commi 1, lettera f), e 2 dell’art. 13 del Decreto Attuativo avrebbe impedito la presentazione di una istanza di interpello

¹ Risposta prot. n. 954-1797/2017 del 7 marzo 2018.

probatorio finalizzata a richiedere la continuazione di tale regime, nel caso di fusione della consolidata con una società non inclusa nel consolidato. Tuttavia, tenuto conto della possibilità introdotta dal Decreto Internalizzazione di includere nel perimetro di tassazione consolidata anche le stabili italiane in qualità di consolidate, l’Agenzia, aderendo alla tesi dell’istante, ha ritenuto non più operante la disposizione richiamata in precedenza laddove, nel caso di fusione di consolidata con società non inclusa nel consolidato, esclude la possibilità di richiederne la prosecuzione, qualora la stabile che risulti da detta fusione presenti determinati requisiti.

In via preliminare, tuttavia, al fine di meglio comprendere la questione controversa sottoposta all’attenzione dell’Agenzia delle Entrate, pare opportuno ripercorrere succintamente le novità che hanno interessato le modalità di accesso al regime di tassazione di gruppo.

2. Il regime di accesso al consolidato fiscale nazionale

Il regime del consolidato fiscale, disciplinato dagli artt. 117-129 del Tuir e dal Decreto Attuativo, consente di determinare un unico reddito complessivo ai fini IRES per tutte le società che esercitano la relativa opzione, dato dalla somma algebrica degli imponibili e delle perdite fiscali risultanti dalle dichiarazioni fiscali delle entità incluse nel perimetro di consolidamento – compresa la consolidante.

L’esercizio dell’opzione per il consolidato fiscale è subordinato alla sussistenza del requisito del controllo *ex art. 2359, comma 1, n. 1, del cod. civ. come declinato dall’art. 120, comma 1, del Tuir*².

In base alla disciplina previgente, potevano aderire al consolidato fiscale soltanto le società e gli enti aventi una delle forme giuridiche di cui all’art. 73, comma 1, lettere a) e b), del Tuir, nonché – in presenza di determinate condizioni – i soggetti di cui all’art. 73, comma 1, lett. d), del Tuir. Si sottolinea, per quanto qui di interesse, che la facoltà di aderire al regime del consolidato fiscale era sì concessa alla stabile organizzazione italiana di un soggetto fiscalmente residente in uno degli Stati membri UE o SEE con i quali l’Italia abbia stipulato un accordo che assicuri un effettivo scambio di informazioni

² Più precisamente, l’art. 2359, comma 1, n. 1 del cod. civ. prevede che sono considerate società controllate le società in cui un’altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell’assemblea ordinaria, mentre l’art. 120, comma 1, del Tuir stabilisce che si considerano controllate, ai fini della normativa sulla tassazione di gruppo, *“le società per azioni, in accomandita per azioni, a responsabilità limitata: a) al cui capitale sociale la società o l’ente controllante partecipa direttamente o indirettamente per una percentuale superiore al 50 per cento, da determinarsi relativamente all’ente o società controllante tenendo conto della eventuale demoltiplicazione prodotta dalla catena societaria di controllo, senza considerare le azioni prive del diritto di voto esercitabile nell’assemblea generale richiamata dall’articolo 2346 del codice civile; b) al cui utile di bilancio la società o l’ente controllante partecipa direttamente o indirettamente per una percentuale superiore al 50 per cento da determinarsi relativamente all’ente o società controllante, tenendo conto della eventuale demoltiplicazione prodotta dalla catena societaria di controllo e senza considerare la quota di utile di competenza delle azioni prive del diritto di voto esercitabile nell’assemblea generale richiamata dall’articolo 2346 del codice civile.”*

(“**Soggetto UE/SEE**”), ma soltanto in qualità di controllante/consolidante.

La normativa in commento ha subito profonde modifiche ad opera dell’art. 6, comma 1, del Decreto Internazionalizzazione, che ha riformato in senso estensivo i requisiti soggettivi previsti ai fini dell’adesione al consolidato fiscale.

Nel dettaglio, attraverso il Decreto Internazionalizzazione il legislatore italiano, da un lato, ha esteso la possibilità di aderire al consolidato fiscale alle società italiane “sorelle” controllate dal medesimo Soggetto UE/SEE senza stabile organizzazione in Italia (c.d. consolidato orizzontale)³ e, dall’altro, ha introdotto il nuovo comma 2-ter dell’art. 117 del Tuir grazie al quale oggi la stabile organizzazione di Soggetto UE/SEE può aderire al consolidato fiscale anche in qualità di controllata/consolidata. Coerentemente con tale ultima previsione, ai sensi dell’art. 120, comma 1-bis, del Tuir oggi si considerano altresì controllate le stabili organizzazioni dei Soggetti UE/SEE che rivestono una forma giuridica analoga a quelle di cui al comma 1 dell’art. 120 del Tuir⁴ e che soddisfino gli altri requisiti previsti da tale comma (v. nota 2).

3. La questione controversa circa l’interruzione della tassazione di gruppo nel caso in cui la consolidata rimanga in Italia quale stabile organizzazione del Soggetto UE/SEE incorporante

È bene ricordare che ai sensi dell’art. 117, comma 3, del Tuir l’opzione per la tassazione di gruppo ha durata per tre esercizi sociali. Ciononostante, taluni eventi sono suscettibili di interrompere il consolidato prima di suddetto triennio comportando, *inter alia*, che le perdite fiscali apportate al consolidato verticale permangono, salvo diversa opzione, nell’esclusiva disponibilità dell’ente controllante.

Il legislatore ha incluso fra tali eventi, in una logica antielusiva, quelle operazioni straordinarie cui si accompagna il rischio di compensazione intersoggettiva di utili e perdite fiscali fra soggetti appartenenti al consolidato e soggetti non appartenenti allo stesso. In particolare, ai sensi dell’art. 124, comma 5, del Tuir è causa di interruzione del consolidato fiscale la fusione di una società consolidata in altra società non inclusa nel perimetro di consolidamento. Nello stesso senso, l’art. 13, comma 1, del Decreto Attuativo attribuisce efficacia interruttiva del consolidato fiscale al “*trasferimento all’estero della residenza, ai sensi dell’art. 166 del testo unico, della consolidata o della*

³ In tal modo sono state recepite le indicazioni fornite dalla Corte di Giustizia dell’Unione Europea nelle pronunce relative al caso *SCA Group Holding* (sentenza 12 giugno 2004, cause riunite C-39/13, C-40/13 e C-41/13), alla stregua delle quali, gli artt. 49 e 54 del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea ostano alla previsione di normative nazionali che non consentano, *inter alia*, l’accesso al regime di tassazione di gruppo a società/stabili organizzazioni la cui società controllante comune non abbia la sua sede nello Stato Membro e ivi non disponga di una stabile organizzazione.

⁴ Come confermato dall’Agenzia delle Entrate nella Circolare 26 settembre 2016, n. 40/E, par. 2.2, tale ultimo requisito si considera verificato allorché il soggetto residente in altro Stato membro rivesta una delle forme giuridiche di cui all’Allegato 1, Parte A, della Direttiva n. 2011/96/UE del Consiglio del 30 novembre 2011 (c.d. Direttiva Madre-Figlia).

consolidante se la stessa non rispetta le condizioni di cui all'art. 117, comma 2, del testo unico (lett. e)), ovvero alla *“fusione tra consolidata e società non inclusa nella tassazione di gruppo”* (lett. f)).

Dall'analisi della normativa in tema di tassazione di gruppo, tuttavia, non risulta chiaro se il consolidato è interrotto dalla fusione per incorporazione della consolidata con un Soggetto UE/SEE laddove quest'ultimo continui a svolgere in Italia l'attività caratteristica della consolidata per il tramite di una stabile organizzazione idonea a qualificarsi come controllata ai sensi dell'art. 120, comma 1-*bis*, del Tuir⁵.

In senso negativo depone la formulazione degli artt. 124, comma 5, del Tuir, e 13, comma 1, lett. f), del Decreto Attuativo, dalla cui lettura sembra doversi concludere nel senso che la fusione per incorporazione della consolidata italiana in una società non inclusa dal perimetro di consolidamento espliciti sempre effetti interruttivi del consolidato fiscale (*i.e.* a nulla rilevando il fatto che nello scenario post-fusione l'incorporata/consolidata costituisca la stabile organizzazione in Italia del Soggetto UE/SEE incorporante), senza la possibilità di presentare istanza di interpello al fine di consentirne la continuazione.

Viceversa, un'interpretazione logico-sistematica delle disposizioni qui in rilievo, che tenga conto della permanenza di una stabile organizzazione in Italia e delle modifiche apportate alla disciplina del consolidato fiscale dal Decreto Internazionalizzazione, induce a preferire la soluzione opposta.

Innanzitutto, atteso che la stabile organizzazione italiana del Soggetto UE/SEE incorporante potrebbe oggi optare per la tassazione consolidata di gruppo, in caso di fusione transfrontaliera in uscita non sembrano esservi ragioni per negare la continuazione del consolidato con riferimento alla stabile organizzazione italiana dell'incorporante. Negare la prosecuzione del consolidato nel caso illustrato comporterebbe, del resto, l'evidente paradosso per cui, un istante prima, la fusione transfrontaliera provocherebbe l'interruzione del consolidato fiscale, mentre, un istante dopo, gli stessi soggetti – da un lato la consolidante italiana e dall'altro la stabile organizzazione italiana del Soggetto UE/SEE incorporante – potrebbero nuovamente esercitare l'opzione per la tassazione di gruppo.

⁵ Si tenga presente che tale questione, nonché le relative soluzioni interpretative che seguiranno nella trattazione, possono essere estese, *mutatis mutandis*, al caso di operazione di scissione (totale ovvero parziale) transfrontaliera qualora (la totalità (o parte) del patrimonio della consolidata/scissa confluisca nella stabile organizzazione in Italia del Soggetto UE/SEE beneficiario controllato dalla consolidante italiana. Ed infatti l'art. 11, comma 4, del Decreto Attuativo stabilisce che soltanto “[l]a scissione totale o parziale di consolidata che non comporti modifica della compagine sociale non muta gli effetti derivanti dall'opzione alla tassazione di gruppo” (fermo restando, ovviamente, i requisiti richiesti per l'accesso al consolidato fiscale). Atteso che la scissione che involge un beneficiario Soggetto UE/SEE (con eventuale stabile organizzazione in Italia non inclusa nel consolidato al momento della scissione) è evento idoneo a mutare la compagine sociale dei soggetti partecipanti al consolidato, la stessa dovrebbe comportare – stando alla *littera legis* del Decreto Attuativo – l'interruzione della tassazione di gruppo.

Inoltre, la soluzione che consente la prosecuzione del consolidato fiscale nel caso in oggetto appare maggiormente in linea con il criterio ermeneutico cristallizzato nell'art. 6, comma 4, del Decreto Internazionalizzazione, nella parte in cui prevede che le nuove disposizioni sul consolidato fiscale debbano essere interpretate in modo da “*consentire, sussistendone i presupposti di legge, l'eventuale inclusione nel regime di tassazione di gruppo delle stabili organizzazioni o delle controllate di soggetti esteri senza interruzione dei consolidati esistenti*”.

Si ricordano, peraltro, almeno tre casi in cui il consolidato può proseguire laddove gli *asset* di una società appartenente al consolidato, a seguito di operazione straordinaria, confluiscono nella stabile organizzazione di un soggetto estero:

- i. l'art. 124, comma 5, del Tuir consente la prosecuzione del consolidato fiscale in caso di fusione in uscita della consolidante qualora permangano tutti i requisiti previsti ai fini dell'accesso a suddetto regime. Atteso che una stabile organizzazione ben può qualificarsi quale consolidante, la fusione della consolidante con soggetto estero non interrompe il consolidato se la consolidante confluisce nella stabile organizzazione in Italia dell'incorporante estero;
- ii. in forza dell'art. 11, comma 6, del Decreto Attuativo la scissione parziale della consolidante non modifica gli effetti derivanti dall'opzione alla tassazione di gruppo da parte della scissa, fermo restando i requisiti richiesti per l'accesso al consolidato fiscale. Quest'ultimo può quindi proseguire se, come risultato della scissione parziale della consolidante, la beneficiaria non residente mantiene in Italia una stabile organizzazione, in cui confluiscono gli *asset* della scissa/consolidante;
- iii. il Decreto Attuativo – innovando rispetto al Decreto 9 giugno 2004 – prevede che il trasferimento all'estero della residenza della consolidata non determina l'interruzione del consolidato allorché vi siano le condizioni di cui agli artt. 117, comma 2-ter, e 120, comma 1-bis, del Tuir (*ex art. 13, comma 1, lett. e*). Si tenga a mente che la fusione per incorporazione della consolidata con un Soggetto UE/SEE determina la stessa situazione di fatto scaturente dal suddetto trasferimento della residenza della consolidata, ossia che gli *asset* in precedenza riconducibili ad un soggetto residente sono in seguito considerati costituenti una stabile organizzazione in Italia di Soggetto UE/SEE.

In particolare, da quanto esposto nei punti i. e ii. emerge che la “trasformazione” della consolidante in stabile organizzazione di un soggetto estero non è un evento che di per sé interrompe il consolidato. Ciò induce a concludere nel senso che la mancanza di una espressa previsione di prosecuzione del consolidato, laddove a trasformarsi in stabile sia la consolidata, è soltanto frutto di un difetto di coordinamento con l'attuale possibilità per la stessa stabile di aderire al consolidato in qualità di consolidata.

In sintesi, ragioni di coerenza impongono di estendere la previsione della continuazione del consolidato di cui al punto iii. (*i.e.* trasferimento della residenza all'estero della

consolidata) anche alla fusione della consolidata con Soggetto UE/SEE che non dispone di una preesistente stabile organizzazione in Italia, similmente a quanto già previsto in favore della consolidante nel caso di cui al punto i.

Infatti, si osservi che qualora il Soggetto UE/SEE incorporante sia privo di una stabile preesistente alla fusione in uscita, la continuazione della tassazione di gruppo non può comportare, neanche in astratto, il rischio di indebito utilizzo di posizioni fiscali di soggetti estranei al consolidato. La fusione in menzione, infatti, non muterebbe né il perimetro di consolidamento né la situazione reddituale e patrimoniale del consolidato, ma comporterebbe esclusivamente una nuova veste della incorporata, che si “trasforma” da società di diritto italiano in stabile organizzazione del Soggetto UE/SEE, titolato a far parte della tassazione di gruppo in forza delle recenti modifiche introdotte dal Decreto Internazionalizzazione⁶. Non solo: la “testa” del consolidato rimarrebbe sempre la stessa, nel senso che la fusione in uscita della controllata non determinerebbe un cambiamento soggettivo della consolidante.

Concludendo, appare ragionevole sostenere che la mancanza di una espressa previsione della continuazione del consolidato nel caso in esame non corrisponda ad una reale *mens legis* in tal senso. Pertanto, sembra che nulla osti a che il consolidato fiscale (verticale ovvero orizzontale) prosegua in caso di fusione di consolidata in un Soggetto UE/SEE se (i) gli *asset* della prima confluiscono nel perimetro della nuova stabile organizzazione in Italia del secondo e (ii) tale stabile organizzazione si può qualificare come consolidata ai sensi dell’art. 120, comma 1-*bis*, del Tuir⁷.

4. La posizione dell’Agenzia delle Entrate

Come anticipato, sulla questione appena esposta si è recentemente espressa l’Amministrazione finanziaria attraverso un interpello non pubblicato nel quale, sposando la ricostruzione dell’istante, ha escluso che la fusione di consolidata italiana in una società di diritto irlandese integralmente controllata dalla consolidante italiana comporti l’interruzione del consolidato fiscale.

L’Agenzia delle Entrate ha affermato che una corretta interpretazione delle previsioni circa l’interruzione del consolidato non può prescindere, da un lato, dalla *ratio* ad esse sottesa e, dall’altro, dalle novità apportate dal Decreto Internazionalizzazione che – si

⁶ Tale ricostruzione, inoltre, sembra in linea con la posizione favorevole adottata dall’Agenzia delle Entrate nella Circolare 26 settembre 2016 n. 40/E rispetto alla prosecuzione del consolidato fiscale in caso di scissione di consolidante a favore di società neocostituita. Secondo l’Agenzia delle Entrate, infatti, “*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*”.

⁷ Per le medesime ragioni qui esposte, non dovrebbe essere evento idoneo all’interruzione del consolidato fiscale la scissione totale o parziale della consolidata nella misura in cui gli *asset* di quest’ultima confluiscono nella nuova stabile organizzazione in Italia del Soggetto UE/SEE beneficiario (v. nota 7 sopra).

ricorda – ha esteso alle stabili organizzazioni italiane la possibilità di aderire al consolidato in qualità di consolidate.

Quanto alla *ratio* originaria delle citate previsioni, l'Amministrazione finanziaria ha rammentato che la fusione in questione non poteva che determinare l'interruzione del consolidato in quanto avrebbe inevitabilmente comportato il venir meno del requisito del controllo di cui all'art. 120, comma 1, del Tuir (*i.e.* partecipazione al capitale e agli utili superiore al 50%), anche qualora, come nel caso di specie, si fosse verificata una “trasformazione” della consolidata in una stabile italiana dell'incorporante estero.

Senonché, come anticipato, può oggi far parte del consolidato verticale in qualità di consolidata – in quanto considerata “controllata” – anche la stabile italiana di Soggetto UE/SEE a condizione che quest'ultimo: (i) abbia una forma giuridica analoga alla S.p.A., S.a.p.a. o S.r.l., e (ii) sia controllato dalla consolidante italiana ai sensi del citato art. 120.

Orbene, secondo l'Agenzia delle Entrate, alla luce del rinnovato contesto normativo deve ritenersi venuta meno la *ratio* ispiratrice delle norme interruttive, in quanto l'operazione di fusione in esame, al ricorrere delle condizioni su citate, non determina il venir meno del requisito del controllo e non altera la genuinità fiscale del perimetro di consolidamento.

Da ultimo, sembra utile rammentare come l'interpello promosso con la citata istanza abbia avuto una doppia natura ed ha esplicitato, pertanto, un duplice effetto; interpretativo (al fine di ottenere la predetta interpretazione adeguatrice), da un lato, e probatorio (al fine di richiedere la prosecuzione del regime di tassazione consolidata), dall'altro.