



Divisione Contribuenti

Direzione Centrale Grandi Contribuenti

Risposta n. 20

Oggetto: *Articolo 11, comma 1, lett.a), legge 27 luglio 2000, n. 212. Articoli 117 e 120 del TUIR. La disciplina delle azioni proprie nel consolidato fiscale.*

QUESITO

La società ALFA è la holding di partecipazione posta al vertice del Gruppo ALFA. È quotata alla Borsa di Milano e svolge funzioni di direzione e coordinamento di tutte le società controllate.

A decorrere dall'esercizio n, la capogruppo ALFA ha optato con la maggior parte delle società appartenenti al Gruppo aventi i requisiti normativamente previsti, in qualità di consolidante, per il regime di tassazione di gruppo disciplinato dal Titolo II, Capo II, sezione II del TUIR (articoli 117-129) per il triennio n - n +2 . Tale opzione si rinnova per il triennio n+3 - n+5 ai sensi dell'articolo 117, comma 3, del TUIR.

Nel corso del n+2 il Consiglio di Amministrazione di ALFA ha approvato un progetto di razionalizzazione del Gruppo che prevedeva tra l'altro la concentrazione in BETA del possesso di alcune società controllate. Anche le azioni di BETA sono quotate sul MTA di Borsa Italiana S.p.A..

Rientra in tale progetto la cessione, avvenuta nel n+5, a BETA della partecipazione di controllo, pari al ... % del capitale sociale, detenuta da ALFA in GAMMA e indirettamente della partecipazione del ... % posseduta da GAMMA in DELTA e del ... % della società EPSILON.

A seguito di detta cessione infragruppo, occorre verificare il mantenimento del requisito del controllo da parte di ALFA con particolare riferimento alla controllata DELTA. Trattandosi di partecipazioni non totalitarie occorre conseguentemente monitorare l'effetto demoltiplicativo derivante dall'allungamento della catena partecipativa che si sviluppa nel controllo di "primo livello" su BETA, nel controllo di "secondo livello" che BETA ha sulle proprie controllate e quindi, nel caso di DELTA, nel controllo di "terzo livello" che ha GAMMA sulla suddetta.

Alla data di presentazione della presente istanza di interpello il capitale sociale di BETA è composto da n. ... azioni ordinarie che rappresentano un valore nominale di euro

ALFA possiede direttamente e per il tramite di società interamente controllate n. ... azioni BETA.

Inoltre, BETA detiene direttamente n. ... azioni proprie e indirettamente, tramite proprie controllate interamente possedute, ulteriori azioni proprie per n. ..., n. ... e n. ... rispettivamente, per un totale di n. ... azioni proprie.

Ai fini dell'individuazione del requisito della partecipazione al capitale sociale e alla partecipazione all'utile, i chiarimenti interpretativi ad oggi disponibili non chiariscono se nell'ambito delle azioni prive del diritto di voto esercitabile nell'assemblea ordinaria della controllata, da escludere dal numeratore e dal denominatore nel calcolo del rapporto partecipativo, rientrino anche le azioni proprie possedute dalla controllata o da società a loro volta controllate da quest'ultima.

Tale aspetto è rilevante con riferimento alla partecipazione al consolidato fiscale di ALFA per il periodo n+3 - n+5 della società DELTA. La tesi proposta prevede che le azioni proprie di BETA possedute direttamente e tramite proprie controllate debbano considerarsi azioni prive del diritto di voto ai sensi del citato

articolo e, pertanto, debbano essere escluse dal rapporto partecipativo sia al numeratore che al denominatore.

SOLUZIONE INTERPRETATIVA

Ai sensi del vigente articolo 2357-ter, comma 2, del codice civile, finché le azioni proprie, acquistate e detenute ai sensi dell'articolo 2357 del codice civile, "restano in proprietà della società, il diritto agli utili e il diritto di opzione sono attribuiti proporzionalmente alle altre azioni. Il diritto di voto è sospeso, ma le azioni proprie sono tuttavia computate ai fini del calcolo delle maggioranze e delle quote richieste per la costituzione e per le deliberazioni dell'assemblea. Nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio il computo delle azioni proprie è disciplinato dall'articolo 2368, terzo comma".

In merito alle azioni o quote detenute da società controllate nella controllante l'articolo 2359-bis, comma 5, del codice civile, prevede che "la società controllata da altra società non può esercitare il diritto di voto nelle assemblee di questa".

Ai fini della costituzione dell'assemblea e della validità delle deliberazioni il successivo articolo 2368 del codice civile prevede al primo comma che "l'assemblea ordinaria è regolarmente costituita quando è rappresentata almeno la metà del capitale sociale, escluse dal computo le azioni prive del diritto di voto nell'assemblea medesima". Prevede poi al terzo comma che "salvo diversa disposizione di legge le azioni per le quali non può essere esercitato il diritto di voto sono computate ai fini della regolare costituzione dell'assemblea. Le medesime azioni (...) non sono computate ai fini del calcolo della maggioranza e della quota di capitale richiesta per l'approvazione della deliberazione".

Ne consegue che nel caso di una società quotata, nel sistema dell'articolo 2368, terzo comma, del codice civile, il criterio del non computo delle azioni per le quali non può essere esercitato il diritto di voto ai fini del calcolo della maggioranza impedisce che le azioni che si esprimono a favore di una deliberazione debbano confrontarsi anche con le azioni con voto sospeso in tal modo non essendo computate nel quorum deliberativo.

Questo principio può essere esteso, a detta dell'Istante, alle azioni possedute da società controllate che sono ugualmente espressione di un potere di autocontrollo della società stessa.

A tal proposito, la relazione d'accompagnamento al d.lgs. 29 novembre 2010, n. 224 che ha modificato l'articolo 2357-ter del codice civile illustra come le modifiche abbiano chiarito la "disciplina del computo delle azioni proprie ai fini della determinazione del quorum costitutivo e deliberativo, distinguendo il regime dell'assemblea delle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio da quello delle società chiuse.(.) Con riferimento alle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, la disposizione contenuta all'articolo 2357-ter equivale a quella di cui all'articolo 2368, comma 3. Infatti, la prima norma dovrebbe essere interpretata nel senso che le azioni proprie sono computate ai fini del calcolo delle quote richieste per le deliberazioni dell'assemblea, solo qualora tali quorum siano predeterminati in rapporto al capitale sociale. Poiché le norme che stabiliscono i quorum per l'adozione delle delibere dell'assemblea ordinaria o straordinaria delle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio fanno sempre riferimento al capitale rappresentato in assemblea, le azioni proprie non essendo presenti, sono irrilevanti per l'adozione delle delibere".

Alla luce della richiamata disciplina civilistica le azioni proprie, detenute da BETA e dalle sue controllate, pur contribuendo a determinare il quorum costitutivo dell'assemblea ordinaria di BETA, non consentono l'esercizio del diritto di voto da parte dei soggetti possessori (e, indirettamente, da parte di ALFA) ma, al tempo stesso, sono tolte dalla disponibilità di soggetti terzi. Nella verifica di una interessenza maggioritaria nella consolidata da parte della consolidante, conteggiarle al denominatore del rapporto partecipativo ma escluderle al numeratore perché prive del diritto di voto porta a sottovalutare l'effettiva influenza di tali titoli.

La presenza di azioni proprie consente sostanzialmente di redistribuire ex articolo 2357-ter del codice civile "i diritti di voto" nell'assemblea generale,

posto che si ottiene nei fatti la concentrazione dei voti riferibili alle azioni proprie sugli altri soci.

Alla luce di tali considerazioni consegue che la soluzione appropriata sarebbe, a detta dell'istante, proprio quella di qualificarle a tutti gli effetti tra le azioni prive dei diritti di voto esercitabili nelle assemblee generali e, quindi, escluderne il conteggio sia dal numeratore che dal denominatore del rapporto partecipativo, rendendone neutrale la presenza ai fini del rispetto del requisito fiscale.

In subordine, e sempre nell'ottica della neutralità, l'istante suggerisce che si potrebbero conteggiare sia al numeratore che al denominatore sul presupposto che si tratti di voti potenzialmente esercitabili dall'azionista di controllo ovvero, in ulteriore subordine, ridurne l'importo da conteggiare al numeratore in base alla quota di controllo diretto e indiretto di ALFA su BETA.

Le considerazioni espresse in termini di voto sono replicabili in termini di diritto agli utili. In ultima analisi, viene rappresentato che nell'ipotesi in cui si ritenesse applicabile la tesi che considera le azioni proprie solo nel denominatore del rapporto partecipativo che intercorre tra ALFA e DELTA, questo si ridurrebbe al di sotto del 50%, e DELTA non potrebbe aderire dal n+3 al consolidato fiscale del Gruppo ALFA.

PARERE DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE

L'esercizio dell'opzione per la tassazione di gruppo esige, ai fini della relativa validità, che il soggetto controllante possieda una partecipazione nella società che intende consolidare che sia espressiva di un rapporto di "controllo rilevante", vale a dire un controllo assistito dai requisiti previsti dagli articoli 117 e 120 del TUIR (cfr. circolare 20 dicembre 2004, n. 53/E, capitolo 3).

La partecipazione si considera "rilevante" agli effetti dell'opzione quando, congiuntamente:

1) esiste un rapporto di controllo c.d. "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), del TUIR;

b) nella "partecipazione all'utile" di bilancio, ai sensi dell'articolo 120, comma 1, lettera b), del TUIR.

La sussistenza del controllo, inoltre, va valutata (considerando l'effetto demoltiplicativo) avendo riguardo non solo alle partecipazioni detenute in via diretta, ma anche a quelle detenute in via indiretta dal soggetto che intende consolidare.

Ai fini del controllo "di diritto" di cui al punto 1), "si considerano controllate le società in cui la capogruppo detiene, direttamente o indirettamente, la maggioranza dei diritti di voto esercitabili nell'assemblea ordinaria" della società. Per il computo della percentuale di controllo assumono rilievo i diritti di voto direttamente esercitabili dal soggetto che intende consolidare e, in aggiunta, anche quelli che tale soggetto è in grado di esercitare per il tramite di società da esso controllate, nonché quelli esercitabili da società fiduciarie o per effetto di persone interposte con esclusione però dei "voti spettanti per conto terzi", come previsto dall'articolo 2359, secondo comma, del codice civile.

Relativamente alla verifica della partecipazione al capitale sociale e all'utile di cui al punto 2), lettere a) e b), occorre che il soggetto controllante partecipi, direttamente o indirettamente, con una percentuale superiore al 50 per cento, al relativo capitale e all'utile, tenuto conto dell'eventuale demoltiplicazione prodotta dalla catena societaria di controllo e "senza considerare le azioni prive del diritto di voto esercitabile nell'assemblea generale richiamata dall'articolo 2346 del codice civile" (così come disposto

dall'articolo 120 del TUIR). Entrambe le soglie devono essere rispettate contemporaneamente sia per la validità dell'opzione che per la permanenza nel regime per tutto il triennio.

Per verificare se la partecipazione nella controllata di diritto attribuisce alla controllante una partecipazione al capitale sociale superiore al 50 per cento è necessario che il rapporto tra la "partecipazione al capitale sociale" detenuta dal soggetto controllante (da porre al numeratore) e "il capitale sociale di riferimento" della partecipata (da porre al denominatore) sia superiore al 50 per cento. La metodologia è la stessa per determinare la soglia di partecipazione agli utili di cui alla lettera b) del comma 1 del citato articolo 120: si dovrà procedere con lo stesso rapporto che deve essere superiore al 50 per cento, ponendo al numeratore il "numero delle azioni con diritto agli utili" detenute dal soggetto controllante e al denominatore "il numero totale delle azioni che danno diritto agli utili" della società controllata.

Nella determinazione del rapporto di partecipazione al capitale sociale e agli utili occorre escludere le "azioni prive del diritto di voto esercitabile nell'assemblea generale richiamata dall'articolo 2346 del codice civile". Tale esclusione deve avvenire sia al numeratore che al denominatore dell'anzidetto rapporto.

In caso di possesso di azioni proprie da parte della società partecipata, occorre stabilire se dette azioni possano o meno essere considerate alla stregua delle "azioni prive del diritto di voto" di cui all'articolo 120 del TUIR, atteso che, come innanzi detto, l'esercizio del diritto di voto relativo alle azioni proprie è sospeso, ai sensi dell'articolo 2357-ter del codice civile.

Ciò premesso, sulla base di quanto affermato dalla circolare n. 53/E del 2004 secondo cui "si ritiene che possano essere considerate azioni prive del diritto di voto tutte le azioni non assistite da un diritto di voto pieno ed esercitabile", la scrivente concorda con la soluzione prospettata dall'istante di considerare le "azioni proprie" nella previsione di esclusione di cui all'articolo 120, comma 1, lettere a) e b), del TUIR.

In particolare, elemento sostanziale da tenere in conto è quello letterale presente nell'articolo 120 del TUIR (così come nell'articolo 2359, comma 1, numero 1, del codice civile) che fa riferimento all'aggettivo "esercitabile" riferito al diritto di voto, applicabile anche in materia di azioni proprie il cui diritto di voto è sospeso e quindi non esercitabile nell'assemblea ordinaria da alcuno dei soci.

Queste, pertanto, al pari delle azioni prive del diritto di voto, non vanno incluse né nel denominatore né nel numeratore del rapporto partecipativo di cui all'articolo 120 del TUIR (sia con riferimento al rapporto di cui alla lettera a) che alla lettera b) del comma 1 di detta disposizione normativa). Ciò sempre che le disposizioni civilistiche consentano al socio di controllo di esercitare nell'assemblea ordinaria della società partecipata la propria capacità di indirizzo e influenza.

Stesse considerazioni valgono, ad avviso della scrivente, con riferimento alle azioni della controllante possedute dalle controllate. In merito alle azioni detenute da società controllate nella controllante l'articolo 2359-bis, comma 5, del codice civile prevede che "la società controllata da altra società non può esercitare il diritto di voto nelle assemblee di questa". Dal momento che, anche in questa fattispecie, la capacità di voto delle azioni possedute dalle controllate nella controllante è sospesa e non attribuita ad alcuno dei soci, le stesse non vanno incluse né nel denominatore né nel numeratore del rapporto partecipativo di cui all'articolo 120 del TUIR (sia con riferimento al rapporto di cui alla lettera a) che alla lettera b) del comma 1 di detta disposizione normativa).

Per tutto quanto detto, ad avviso della Scrivente sia le azioni proprie detenute da BETA che le azioni di questa possedute dalle sue controllate andranno escluse dal calcolo del rapporto partecipativo di cui alle lettere a) e b) del comma 1 dell'articolo 120 del TUIR, sia al numeratore che al denominatore.

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'operazione in esame ed eventuali altri atti, fatti o negozi ad essa collegati e non rappresentati dall'istante si inseriscano in un più ampio disegno abusivo, pertanto, censurabile.

IL DIRETTORE CENTRALE ad interim
(firmato digitalmente)