

LA SCISSIONE PARZIALE DELLA CONSOLIDANTE A FAVORE DI UNA BENEFICIARIA CONSOLIDANTE: LA CONTINUAZIONE DELLA *FISCAL UNIT*



Sandro Maria GALARDO

Dottore Commercialista – Of Counsel Gianni, Origoni, Grippo, Cappelli & Partners

La scissione parziale di una società consolidante a favore di una società beneficiaria – a sua volta consolidante – nell'ipotesi in cui siano trasferite, per effetto della scissione, una o più partecipazioni di controllo nelle società che facevano parte del consolidato della scissa, rappresenta una peculiare fattispecie che non è stata oggetto di analisi da parte dell'Agenzia delle Entrate. Sulla base del quadro giuridico nel seguito analizzato, è coerente ritenere che anche qualora la beneficiaria della scissione sia una società consolidante – e non un'entità di nuova costituzione – sia possibile l'inclusione delle partecipate oggetto di scissione nel consolidato della beneficiaria senza soluzione di continuità, pur se con diversi effetti sulle posizioni soggettive.

1

PREMESSA: LA SCISSIONE TRA CONSOLIDATI

Oggetto del presente intervento è l'approfondimento degli effetti sulla continuazione del consolidato di un'operazione di scissione parziale di una società consolidante a favore di una società beneficiaria – a sua volta consolidante – nell'ipotesi in cui siano trasferite, per effetto della scissione, una o più partecipazioni di controllo nelle società che facevano parte del consolidato della scissa.

L'Agenzia delle Entrate, nella circ. 26.9.2016 n. 40, ha fornito importanti chiarimenti relativi all'ipotesi in cui l'operazione di scissione, avente ad oggetto partecipazioni in società aderenti alla tassazione di gruppo, avvenga a favore di una società beneficiaria di nuova costituzione, ritenendo sussistenti

i requisiti per la continuazione del consolidato in capo alla beneficiaria e il trasferimento delle perdite.

Sulla base del quadro giuridico nel seguito analizzato, appare coerente ritenere che **anche qualora la beneficiaria della scissione sia una società consolidante – e non un'entità di nuova costituzione – sia possibile l'inclusione delle partecipate oggetto di scissione nel consolidato della beneficiaria senza soluzione di continuità**, pur se con diversi effetti sulle posizioni soggettive.

2

IL REGIME DEL CONSOLIDATO NAZIONALE

L'opzione per il consolidato nazionale ha natura bilaterale ed è esercitata da parte della

società (o ente) controllante¹ con ciascuna società² nei confronti della quale la stessa possiede una c.d. "**partecipazione rilevante**" ai sensi dell'art. 117 del TUIR³.

I requisiti per la qualificazione della "partecipazione rilevante" sono la presenza di un rapporto di controllo, ai sensi dell'art. 2359 comma 1 n. 1) c.c.⁴, ovvero la circostanza che la controllante disponga della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria della controllata. Inoltre, sempre ai fini del possesso della "partecipazione rilevante", il citato art. 117 richiede ulteriori requisiti previsti nell'art. 120 del TUIR, che si sostanziano nella:

- a. partecipazione al capitale sociale, diretta o indiretta, superiore al 50%⁵;
- b. partecipazione all'utile di bilancio, diretta o indiretta, superiore al 50%⁶.

Tutti i requisiti richiesti per il possesso della "partecipazione rilevante" devono, ai sensi dell'art. 120 comma 2 del TUIR, sussistere ininterrottamente sin dall'inizio di ogni periodo d'imposta relativamente al quale la società

o ente controllante e la società controllata si avvalgono dell'esercizio dell'opzione per il regime di tassazione di gruppo.

Come disposto dall'art. 117 comma 3 del TUIR, permanendo il requisito del controllo, "*l'opzione ha durata per tre esercizi sociali ed è irrevocabile*".

3

OPERAZIONI STRAORDINARIE E CONTINUAZIONE DEL CONSOLIDATO

In base ai dettami dell'art. 119 comma 2 del TUIR, secondo cui "*non viene meno l'efficacia dell'opzione nel caso in cui per effetto di operazioni di fusione, di scissione e di liquidazione volontaria si determinano all'interno dello stesso esercizio più periodi d'imposta*", le operazioni straordinarie, pur determinando l'eventuale divisione dell'esercizio sociale, **non comportano**, in linea di principio, **l'interruzione della tassazione di gruppo**.

- 1 L'opzione in qualità di consolidante può essere esercitata da: (i) i soggetti di cui all'art. 73 co. 1 lett. a) e b) del TUIR; (ii) i soggetti di cui all'art. 73 co. 1 lett. d) del TUIR, a condizione di essere residenti in Paesi con i quali è in vigore un accordo per evitare la doppia imposizione e di esercitare nel territorio dello Stato un'attività d'impresa, come definita dall'art. 55 del TUIR, mediante una stabile organizzazione, come definita dall'art. 162 del TUIR, che assume la qualifica di consolidante; (iii) i soggetti di cui all'art. 73 co. 1 lett. d) del TUIR, privi del requisito di cui alla lettera precedente, residenti in Stati appartenenti all'Unione Europea ovvero in Stati aderenti all'Accordo sullo Spazio economico europeo con il quale l'Italia abbia stipulato un accordo che assicuri un effettivo scambio di informazioni, che rivestono una forma giuridica analoga a quelle previste dall'art. 73 co. 1 lett. a) e b) del TUIR, designando ad esercitare l'opzione per la tassazione di gruppo una società residente nel territorio dello Stato o una stabile organizzazione alle condizioni previste dalla norma.
- 2 L'opzione in qualità di consolidata può essere esercitata da: (i) le società per azioni, in accomandita per azioni, a responsabilità limitata; (ii) le stabili organizzazioni nel territorio dello Stato, come definite dall'art. 162 del TUIR, dei soggetti di cui all'art. 73 co. 1 lett. d) del TUIR, residenti in Stati appartenenti all'Unione Europea ovvero in Stati aderenti all'Accordo sullo Spazio economico europeo con il quale l'Italia abbia stipulato un accordo che assicuri un effettivo scambio di informazioni, che rivestono una forma giuridica analoga a quelle di cui al punto (i).
- 3 Ai sensi dell'art. 117 co. 1 del TUIR, la società o l'ente controllante e ciascuna società controllata rientranti fra i soggetti di cui all'art. 73 co. 1 lett. a) e b) del TUIR, fra i quali sussiste il rapporto di controllo di cui all'art. 2359 co. 1 n. 1) c.c., con i requisiti di cui all'art. 120 del TUIR, possono congiuntamente esercitare l'opzione per la tassazione di gruppo.
- 4 Secondo quanto disposto dall'art. 2359 co. 1 n. 1) c.c., sono considerate società controllate le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria.
- 5 Ai sensi dell'art. 120 co. 1 lett. a) del TUIR, si considerano controllate le società per azioni, in accomandita per azioni, a responsabilità limitata al cui capitale sociale la società o l'ente controllante partecipa direttamente o indirettamente per una percentuale superiore al 50%, 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'art. 2346 c.c.
- 6 Si considerano controllate, ai sensi dell'art. 120 co. 1 lett. b) del TUIR, le società per azioni, in accomandita per azioni, a responsabilità limitata al cui utile di bilancio la società o l'ente controllante partecipa direttamente o indirettamente per una percentuale superiore al 50% 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'art. 2346 c.c.

Gli effetti della interruzione o prosecuzione del regime di consolidato nazionale in ipotesi di operazioni straordinarie sono disciplinati dall'art. 124 del TUIR e dagli artt. 11 e 13 del DM 1.3.2018⁷.

In particolare, l'art. 124 comma 1 del TUIR regola gli effetti che conseguono a ipotesi in cui il requisito del controllo, così come definito dall'art. 117 del TUIR, cessa per qualsiasi motivo prima del compimento del triennio, determinando l'interruzione della tassazione di gruppo. 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 controllante sia in grado di dimostrare, anche dopo l'effettuazione di tali operazioni, la permanenza di tutti i requisiti previsti dalle disposizioni di cui agli articoli 117 e seguenti ai fini dell'accesso al regime. Ai fini della continuazione del consolidato, la società o ente controllante può interpellare l'amministrazione ai sensi dell'articolo 11, comma 1, lettera b) della legge 27 luglio 2000, n. 212 recante lo Statuto dei diritti del contribuente"*.

Il DM 1.3.2018 disciplina le ipotesi in cui, in presenza di operazioni societarie straordinarie, la tassazione di gruppo non si interrompe (art. 11) e quelle per le quali, invece, viene meno il regime (art. 13 comma 1).

In tutti i casi non specificamente disciplinati dalla normativa come interruttivi o non interruttivi della tassazione di gruppo, si applica l'art. 13 comma 2 del DM 1.3.2018, il quale prevede che *"può essere richiesta la continuazione della tassazione di gruppo da parte della società che effettua l'operazione, mediante l'esercizio dell'interpello ai sensi dell'art. 11 della legge 27 luglio 2000, n. 212"*.

In linea di principio, come chiarito dalla circ. Agenzia Entrate 20.12.2004 n. 53 *"le operazioni straordinarie [...] che non interrompono anticipatamente la tassazione di gruppo sono*

accomunate dalla circostanza che le stesse non fanno mutare il soggetto giuridico controllato (nel caso di fusioni), ovvero la compagine sociale (nel caso di scissioni)".

4

OPERAZIONI DI SCISSIONE E CONTINUAZIONE DEL CONSOLIDATO

Con riferimento alle operazioni di scissione, nell'ambito della normativa primaria non sono identificate esplicite cause di interruzione.

Rimane fermo, purtuttavia, il principio generale in base al quale si verifica l'interruzione della tassazione di gruppo qualora vengano meno i requisiti soggettivi o oggettivi per l'adesione al consolidato.

Il DM 1.3.2018, con riferimento alle scissioni, ha invece espressamente qualificato alcune situazioni come **non preclusive della continuazione** del regime fiscale del consolidato, sempre permanendo i requisiti di cui all'art.117 del TUIR.

Si tratta, in particolare, delle seguenti operazioni:

- **"la scissione totale o parziale di consolidata che non comporti modifica della compagine sociale [...]** in tal caso, le società beneficiarie che si costituiscono per effetto della scissione si considerano partecipanti alla tassazione di gruppo per un periodo pari a quello residuo della società scissa, ancorché non esercitino l'opzione" (art. 11 comma 4 del DM 1.3.2018);
- **"la scissione parziale della consolidante"** fermo restando i requisiti richiesti all'art. 117 comma 1 del TUIR (art. 11 comma 6 del DM 1.3.2018);
- **la scissione avente ad oggetto una società, "anche non inclusa nella tassazione di gruppo", di cui sia beneficiaria una società consolidata** (art. 11 comma 5 del

⁷ Il DM Min. Economia e Finanze 1.3.2018 "Revisione del regime di tassazione del consolidato nazionale di cui agli articoli da 117 a 128 del Testo unico delle imposte sui redditi" sostituisce ed abroga il DM Min. Economia e Finanze 9.6.2004 recante "Disposizioni applicative del regime di tassazione del consolidato nazionale di cui agli articoli da 117 a 128 del testo unico delle imposte sui redditi" emanato in attuazione dell'art. 129 del TUIR.

- DM 1.3.2018), sempre qualora permangono i requisiti previsti dalla normativa del consolidato per l'esercizio dell'opzione;
- la scissione avente ad oggetto una società, anche non inclusa nella tassazione di gruppo, di cui sia beneficiaria una società consolidante. Rispetto a tale ipotesi, infatti, l'Agenzia delle Entrate ha espressamente chiarito che, nel caso in cui **la consolidante sia beneficiaria di una scissione di società, anche non inclusa nella tassazione di gruppo**, non si verifica interruzione della tassazione di gruppo (circ. 53/2004)⁸.

5

EFFETTI DELLA SCISSIONE TRA CONSOLIDATI SULLE OPZIONI ESISTENTI

Sulla base del quadro giuridico sopra richiamato, è possibile effettuare alcune valutazioni in merito alla scissione tra consolidati descritta in premessa, in cui viene attuata la scissione parziale di una società consolidante a favore di una società beneficiaria – a sua volta consolidante – avente ad oggetto una o più partecipazioni di controllo in società che facevano parte del consolidato della scissa.

Nel prosieguo sono analizzati dapprima gli effetti dell'operazione di scissione sul consolidato facente capo alla scissa e successivamente quelli che si producono sull'opzione in cui la beneficiaria assume il ruolo di consolidante.

Effetti della scissione tra consolidati sulla tassazione di gruppo facente capo alla scissa

La scissione parziale della consolidante **non**

produce effetti sulla continuazione del consolidato facente capo alla scissa con le partecipate rimaste nel perimetro, come si evince dall'art. 11 comma 6 del DM 1.3.2018 *"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 di cui all'art. 117, comma 1, TUIR"*.

Quanto sopra è confermato nella circ. 40/2016 ove si chiarisce che alle eventuali partecipazioni non trasferite dalla società scissa alla beneficiaria e rimaste in capo alla scissa si applica il comma 6 dell'art. 11 del DM 1.3.2018, per cui la scissione non modifica gli effetti derivanti dall'opzione alla tassazione di gruppo da parte della scissa, ferma restando la sussistenza del requisito del controllo.

Effetti della scissione tra consolidati sulla tassazione di gruppo facente capo alla beneficiaria

Appare evidente che, per effetto della scissione tra consolidati, **non si producono conseguenze sulla continuazione del consolidato originario facente capo alla beneficiaria**.

La circostanza che una consolidante sia beneficiaria di un'operazione di scissione, infatti, non fa interrompere il proprio consolidato in quanto non si determina alcun mutamento nella situazione di controllo nei confronti delle controllate già aderenti alla tassazione di gruppo in cui la beneficiaria della scissione ricopre il ruolo di consolidante.

Quanto sopra è in linea con i chiarimenti forniti dall'Agenzia delle Entrate nella circ. 53/2004, secondo la quale nel caso in cui *"la consolidante [...] sia beneficiaria di una scissione di società [...], anche non inclusa nella tassazione di gruppo, non si verifica interruzione della tassazione di gruppo"*.

8 Come chiarito dalla circ. 53/2004, nella diversa ipotesi di scissione totale della consolidante *"si ritiene possibile la prosecuzione della tassazione consolidata, in caso di esito positivo dell'istanza d'interpello da produrre ai sensi della legge n. 212 del 2000, come previsto dal comma 2 dell'articolo 13 del decreto d'attuazione"*.

Inclusione delle società oggetto di scissione nel consolidato facente capo alla beneficiaria

Ai sensi dell'art. 124 comma 5 del TUIR, è previsto che, in caso di fusione della società o ente controllante con società o enti non appartenenti al consolidato, **"il consolidato può continuare ove la società controllante sia in grado di dimostrare, anche dopo l'effettuazione di tali operazioni, la permanenza di tutti i requisiti previsti dalle disposizioni di cui agli articoli 117 e seguenti ai fini dell'accesso al regime"**.

La disposizione richiamata, pur facendo riferimento solo alle operazioni di fusione, costituisce il punto di riferimento per l'analisi necessaria a valutare la sussistenza e l'idoneità degli elementi probatori per la continuazione del consolidato ovvero la permanenza di tutti i requisiti previsti dalle disposizioni di cui agli artt. 117 e seguenti del TUIR ai fini dell'accesso al regime⁹.

Nel caso in analisi, dunque, è necessario verificare se in capo alla società beneficiaria della scissione a seguito dell'operazione straordinaria sussistano i requisiti per l'accesso al regime del consolidato con le partecipate oggetto di scissione, oltre che – come sopra evidenziato – con le partecipate già aderenti al consolidato facente capo alla beneficiaria prima della riorganizzazione.

Nell'operazione di scissione (come nell'operazione di fusione) si realizza la successione di tutte le posizioni giuridiche soggettive attive e passive, inclusi il "trasferimento" del requisito del controllo e delle altre condizioni per la continuazione del consolidato.

Nello specifico, dunque, con l'operazione di scissione tra consolidati la beneficiaria subentra ex lege in tutte le posizioni giuridiche soggettive rilevanti ai fini delle imposte sui reddi-

ti precedentemente appartenenti alla società scissa, compreso il controllo sulle società che facevano parte del consolidato della scissa, e pertanto la beneficiaria dovrebbe poter proseguire il regime di consolidato (oltre che con le partecipate originariamente partecipanti all'opzione, come sopra evidenziato) anche con le partecipate ricevute per effetto della scissione, dall'inizio del periodo d'imposta in cui si perfeziona l'operazione straordinaria.

In altre parole, per effetto della scissione la beneficiaria "eredita" dalla scissa il requisito del controllo sulle partecipazioni in società oggetto di scissione – così come definito dall'art. 117 del TUIR – e, pertanto, sembrerebbe poter proseguire senza soluzione di continuità il regime di consolidato con queste società, oltre che con le partecipate già partecipanti al consolidato originario facente capo alla beneficiaria.

Tali principi sono stati chiaramente espressi nella circ. 40/2016: *"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 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 so-*

⁹ In tal senso, si esprime la circ. Agenzia Entrate 1.4.2016 n. 9 in cui si chiarisce che rientrano nella categoria degli interpellati probatori le "istanze di interpello per la continuazione del consolidato, ai sensi dell'articolo 124, comma 5, del TUIR, presentate in occasione della effettuazione di alcune operazioni di riorganizzazione altrimenti interruttrive del medesimo (si veda anche l'articolo 13, comma 2, del DM 9 giugno 2004), tese a verificare che, anche dopo l'effettuazione di tali operazioni, permangono tutti i requisiti previsti dalle disposizioni di cui agli articoli 117 e seguenti previste ai fini dell'accesso al regime".

cietà facenti parte del perimetro del consolidato della società scissa".

Le conclusioni sopra evidenziate sono, altresì, desumibili dalla prassi dell'Agenzia delle Entrate in tema di operazione di fusione tra consolidanti, sulla base di principi che sono applicabili anche alle operazioni di scissione. Nella prassi dell'Agenzia delle Entrate è stato affermato che, per effetto della successione a titolo universale propria delle operazioni di fusione (come pure delle operazioni di scissione), **qualora la consolidante sia incorporata da un soggetto non appartenente al consolidato, la tassazione di gruppo facente capo al soggetto incorporato prosegue senza soluzione di continuità in capo alla incorporante (consolidante).**

Ad esempio, nella ris. Agenzia Entrate 25.5.2007 n. 116, relativa alla fusione per incorporazione di BETA (consolidante di un proprio consolidato) in ALFA (consolidante di un altro consolidato), è stato affermato quanto segue: *"si ritiene che la società incorporante ALFA – che succede, ai sensi dell'art. 2504-bis del codice civile, nel complesso delle posizioni giuridiche attive e passive della società incorporata BETA per effetto della descritta operazione di fusione – soddisfi le condizioni poste dagli artt. 117 e 120 del TUIR nei confronti delle società controllate da quest'ultima. In tal senso, quindi, tale operazione non configura una ipotesi di perdita del requisito del controllo da parte della controllante BETA, ma determina l'assegnazione delle partecipazioni – riferite alle sue società consolidate – a favore della incorporante ALFA. Tale circostanza, quindi, nel presupposto che continui a risultare rispettato il complesso delle disposizioni di legge relative al regime della tassazione di gruppo, non precluderebbe la continuazione del consolidato di BETA in considerazione del fatto che l'operazione di fusione in esame «trasferisce» il requisito del controllo – così come definito dall'art. 117 del TUIR dalla società BETA alla società ALFA, senza mutare, peraltro, i soggetti giuridici controllati. In virtù delle considerazioni sopra esposte, la scrivente ritiene che nella fattispecie in esame ALFA possa continuare il regime della*

tassazione di gruppo includendovi, senza soluzione di continuità, le società originariamente appartenenti al consolidato BETA".

I medesimi principi sono stati evidenziati nella ris. Agenzia Entrate 9.4.2009 n. 101, in cui è stato chiarito che la società incorporante – che succede, ai sensi dell'art. 2504-bis c.c., nel complesso delle posizioni giuridiche attive e passive della società incorporata per effetto dell'operazione di fusione – soddisfa le condizioni poste dagli artt. 117 e 120 del TUIR nei confronti delle società controllate da quest'ultima. L'incorporante, quindi, può continuare il regime della tassazione di gruppo includendovi, senza soluzione di continuità, le società originariamente appartenenti al consolidato dell'incorporata, nel presupposto che permanga il rispetto anche delle altre disposizioni di legge relative al regime della tassazione di gruppo.

Analoghe conclusioni sono state raggiunte nella ris. Agenzia Entrate 2.2.2018 n. 13, in cui in relazione ad una fusione per incorporazione di una società consolidante con società non inclusa nel consolidato è stato affermato che *"la società risultante dalla fusione succede nel complesso delle posizioni giuridiche attive e passive della società fusa, ivi incluse quelle relative al regime del consolidato facente capo all'incorporata".*

Dalla prassi sopra richiamata emerge chiaramente che per effetto della successione a titolo universale, sia in ipotesi di scissione sia di fusione, si realizza a favore della beneficiaria o dell'incorporante il **"trasferimento" del requisito del controllo**, anche qualora la beneficiaria o l'incorporante non apparteneva al consolidato facente capo alla scissa o all'incorporata.

Diversi sono gli effetti sulle altre posizioni soggettive e in particolare sulla natura delle **perdite** eventualmente trasferite nell'ambito dell'operazione straordinaria.

Nel caso analizzato dalla circ. 40/2016, in cui la beneficiaria della scissione è **neocostituita** (a differenza della fattispecie oggetto della presente analisi), si afferma 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 [...] 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".

Nell'operazione oggetto della ris. 116/2007 e con riferimento al consolidato della società incorporata BETA è stato ritenuto che si producano gli effetti previsti dall'art. 13 commi 5 e 6 del DM 9.6.2004 (ora art. 13 commi 4 e 5 del DM 1.3.2018). Sulla base di tali disposizioni, non si determinano gli effetti dell'interruzione del regime – di cui all'art. 124 commi 1, 2 e 3 del TUIR – ma le perdite assumono natura di perdite pregresse al consolidato dell'incorporante ALFA, ai sensi dell'art. 118 comma 2 del TUIR, e quindi non sono utilizzabili in compensazione con i redditi del consolidato stesso ma solo con i redditi prodotti da BETA. Diversamente, nell'operazione oggetto della ris. 13/2018 non è stata applicata in via analogica la disciplina prevista dall'art. 13 commi 5 e 6 del DM 9.6.2004 (ora art. 13 commi 4 e 5 del DM 1.3.2018), in quanto il soggetto incorporante "pur non essendo formalmente neo costituito, va considerato come tale, dal momento che non ha una propria operatività ed è stato costituito al solo fine di individuare una società target e agevolarne la quotazione in borsa attraverso la sua acquisizione e incorporazione". Sulla base dei richiamati documenti di prassi, è possibile desumere i principi che seguono. Per effetto della successione a titolo universale prevista *ex lege* nelle operazioni di scissione e di fusione si realizza:

- la **continuazione del consolidato** facente capo alla scissa o all'incorporata presso la beneficiaria o l'incorporante senza soluzione di continuità;

- il **"trasferimento" delle perdite** a favore della beneficiaria o dell'incorporante.

In relazione a quest'ultimo punto, l'Agenzia delle Entrate ha ritenuto che:

- le perdite assumono natura di perdite **pregresse** al consolidato qualora la beneficiaria o l'incorporante sia una **società operativa**;
- le perdite siano **liberamente utilizzabili** nel consolidato nelle ipotesi in cui la beneficiaria o l'incorporante sia una **società formalmente o sostanzialmente neocostituita**.

Tanto premesso, nella circ. 40/2016 viene specificato che la continuazione del consolidato, fermo restando il requisito del controllo di cui all'articolo 117 comma 1 del TUIR, è consentita se "*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*".

In merito, deve osservarsi che nell'operazione di scissione tra consolidati, come detto, eventuali perdite possedute dalle società oggetto di scissione dovrebbero essere considerate pregresse al consolidato facente capo alla beneficiaria, ai sensi dell'art. 118 comma 2 del TUIR e, pertanto, da questo punto di vista non si realizzerebbero effetti distorsivi o strumentalizzazioni dei vantaggi peculiari della tassazione di gruppo.

Per quanto concerne l'eventuale **compensazione intersoggettiva** che potrebbe realizzarsi nell'ambito del consolidato facente capo alla beneficiaria (con l'inclusione delle società oggetto di scissione), anche questa non sembra porsi in contrasto con i principi che improntano il regime del consolidato nazionale e in particolare con la limitazione di cui all'art. 118 comma 2 del TUIR, in base alla quale il legislatore ha circoscritto la possibilità di utilizzare, ai fini della tassazione di gruppo, le perdite fiscali maturate anteriormente all'ingresso nel regime, riconoscendola esclusivamente al soggetto cui le stesse competono (in quanto dallo stesso generate).

Secondo l'interpretazione dell'Agenzia delle Entrate, infatti, tale disposizione non impedisce che le perdite generate all'interno del

consolidato, siano compensate con utili realizzati da soggetti subentrati nella tassazione di gruppo in momenti successivi. In tal senso si esprime la circ. 53/2004: *"si evidenzia che il divieto di utilizzo delle perdite fiscali pregresse, di cui al comma 2 dell'articolo 118, non si estende alle perdite del consolidato, quando questo – anche in presenza di ulteriori opzioni esercitate dal consolidante – prosegue senza perdere la propria identità. La norma in esame, invero, vieta l'utilizzo di perdite «anteriori all'inizio della tassazione di gruppo». Per «gruppo» deve intendersi l'insieme delle imprese che in un dato periodo d'imposta partecipano al medesimo consolidato, caratterizzato dalla presenza di un determinato soggetto consolidante che conferisce al gruppo un'univocità e continuità nel tempo, nonostante l'ingresso o la fuoriuscita di altre società"*¹⁰.

Il principio sopra richiamato è stato espresso anche nella circolare 9 marzo 2010, n. 9, in cui si è affermato che *"qualora la somma algebrica degli imponibili dia luogo ad un risultato fiscale negativo, la perdita residua del consolidato sarà riportata a nuovo, potendo essere utilizzata anche per compensare eventuali **imponibili positivi trasferiti alla fiscal unit da società «subentrate» nella tassazione di gruppo**".*

Sulla base di tutto quanto sopra evidenziato, dunque, a seguito dell'operazione di scissione tra consolidati dovrebbero determinarsi i seguenti esiti:

- non si producono effetti sulla continuazione del consolidato facente capo alla scissa con le partecipate rimaste nel perimetro di controllo,
- non si producono effetti sulla continuazione del consolidato originario facente capo alla beneficiaria con le controllate già aderenti all'opzione,
- sussistono le condizioni richieste dall'art. 124 comma 5 del TUIR per l'inclusione senza soluzione di continuità (e quindi dall'inizio del periodo d'imposta in cui si perfeziona l'operazione di scissione) delle partecipate oggetto di scissione nel consolidato facente capo alla beneficiaria, insieme alle società già partecipanti alla tassazione di gruppo con quest'ultima; e
- eventuali perdite possedute dalle società oggetto di scissione sarebbero pregresse alla tassazione di gruppo facente capo alla beneficiaria, ai sensi dell'art. 118 comma 2 del TUIR, e quindi non sarebbero utilizzabili in compensazione con i redditi del consolidato ma solo con i redditi propri.

10 *"Si deve riconoscere, infatti, che nel disegno del legislatore della riforma fiscale il consolidato, pur se realizzato attraverso una pluralità di opzioni esercitate a coppia tra il consolidante e le singole consolidate, mantiene una sua unità, essendo, pertanto, riferibile a tutto il gruppo di imprese che fa capo al soggetto consolidante e che partecipa alla tassazione di gruppo. La circostanza per cui l'avvio della tassazione di gruppo dà vita ad un'unica Fiscal Unit, indipendentemente da eventuali, successivi fenomeni di subentro e/o fuoriuscita di talune unità dall'originario perimetro di consolidamento, è affermata nella stessa relazione di accompagnamento al decreto ove si legge che «nel caso in cui la controllante eserciti l'opzione con più di una controllata, il consolidato cui partecipa è unico: il reddito complessivo positivo e negativo non è suddiviso in tanti consolidati quante sono le opzioni, ma tutte le società che hanno esercitato l'opzione bilaterale con la controllante adottano con quest'ultima un consolidato unico». Tale unitarietà del consolidato permane fintanto che tutte le opzioni bilaterali già esercitate, anche in epoca diversa, non siano venute meno, per effetto degli eventi che determinano l'interruzione anticipata del consolidato o in conseguenza del mancato rinnovo delle stesse" (circ. 53/2004).*