

Regime a realizzo controllato: così l'Agenzia fa buon governo delle norme

di Maria Lucia Di Tanna (*) Carlo Zambelli (**) e Davide Greco (***)

Nell'ambito di una riorganizzazione societaria, preconstituirsì i requisiti richiesti ai fini dell'applicazione del regime di c.d. realizzo controllato ex art. 177, comma 2, T.U.I.R. non è operazione in abuso del diritto.

Premessa

Con la risposta ad interpello n. 374 del 13 luglio 2022 (di seguito, anche, "risposta 374"), l'Agenzia delle entrate è tornata ad occuparsi della legittimità, in ottica antiabuso, di un'operazione di conferimento di partecipazioni (1), in regime a c.d. realizzo controllato ex art. 177, comma 2, del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (di seguito, anche, "T.U.I.R."), in una *holding* di nuova costituzione (di seguito, anche, *NewCo* o *HoldCo*), seguita dal trasferimento, in regime di esenzione, delle partecipazioni così ottenute (dalla conferitaria), ai sensi dell'art. 3, comma 4-ter, del D.Lgs. n. 346/1990 (di seguito, anche, "TUS"), in ottica di passaggio generazionale. L'intervento dell'Amministrazione finanziaria si lascia apprezzare e risulta di particolare interesse sotto almeno quattro profili di cui, si cercherà di dare evidenza, nel corso del presente contributo e che è possibile sintetizzare: 1) nel "via libera" alla precostituzione dei requisiti per l'applicazione del regime a c.d. realizzo controllato nelle operazioni di conferimento di partecipazioni di controllo; 2) nell'assenza di riferimenti alle modalità di utilizzo dei "flussi di cassa" futuri (*a contrariis*, risposta ad interpello n. 215/2022); 3) nel confermare quanto già chiarito con risposta ad interpello n. 552/2021, secondo cui l'esenzione di cui all'art. 3, comma 4-ter, del TUS può trovare applicazione, al ricorrere dei requisiti previsti, anche ai trasferimenti indiretti del controllo dell'attività d'impresa (ossia della società operativa); e 4) nell'enfatizzare l'aggravio normativo previsto ai fini dell'applicazione del regime di

participation exemption alle sole ipotesi di conferimento di partecipazioni non di controllo ex art. 177, comma 2-bis, del T.U.I.R.

La fattispecie analizzata

Il caso analizzato dall'Agenzia delle entrate nella risposta 374 ha visto coinvolto un contribuente italiano (di seguito, anche, "socio istante"), titolare del 50% di una società operativa (di seguito, anche, "società target") il cui restante 50% è detenuto da una comunione ereditaria composta dagli eredi dell'altro socio originario, deceduto.

Dal cambiamento nella compagine societaria è emerso un disallineamento di interessi causato da differenti vedute dei due gruppi familiari, potenzialmente capace di generare uno "stallo" nella gestione della società.

In particolare, è stato rappresentato che, mentre i componenti della comunione ereditaria vorrebbero monetizzare il proprio investimento, cedendo la quota sul mercato, il socio istante, invece, desidererebbe continuare a svolgere l'attività imprenditoriale acquistando il controllo della società target ed assumendone la guida.

Al fine di realizzare gli obiettivi di cui sopra, il socio istante ha rappresentato l'intenzione di

Note:

(*) Dottore Commercialista in Milano, Studio Cocchi & Associati

(**) Dottore Commercialista in Milano, Studio Cocchi & Associati

(***) Avvocato in Milano, Studio Cocchi & Associati

(1) Effettuata da persona fisica al di fuori dell'esercizio di attività d'impresa.

voler porre in essere una riorganizzazione aziendale in ottica di passaggio generazionale da realizzarsi in tre distinti passaggi.

Nel corso della prima fase egli, vorrebbe acquistare dalla comunione ereditaria una quota pari all'1% della partecipazione nella società *target* al fine di raggiungere il 51% necessario per acquisire sul *target* il controllo ai sensi dell'art. 2359, comma 1, n. 1, del Codice civile (2).

Nel corso della seconda fase, sarebbe intenzione del socio istante costituire una *HoldCo*, da egli interamente partecipata, nella quale successivamente conferire in regime di c.d. realizzo controllato *ex art.* 177, comma 2, del T.U.I.R. il 51% delle azioni della società *target*. Infine, ed in ottica di passaggio generazionale, l'istante rappresenta di voler trasferire in esenzione *ex art.* 3, comma 4-*ter*, del TUS e con patto di famiglia il controllo della *NewCo* alla propria figlia.

Stante il caso così come rappresentato, veniva chiesto di sapere se, un'operazione di riorganizzazione così come strutturata, potesse presentare profili di abuso ai sensi dell'art. 10-*bis*, della Legge n. 212/2000.

La soluzione offerta dall'Agenzia delle entrate

Nel risolvere la questione oggetto di interpello e dare "semaforo verde" all'operazione di riassetto societario (3) descritta, l'Agenzia delle entrate ha offerto interessanti chiarimenti sotto almeno quattro profili.

La precostituzione dei requisiti per il realizzo controllato

Il primo profilo di interesse è da ricercare, indubbiamente, nell'accettazione della c.d. precostituzione dei requisiti ai fini dell'applicazione del regime a c.d. realizzo controllato *ex art.* 177, comma 2, del T.U.I.R.

È noto, infatti, che l'art. 177, comma 2, del T.U.I.R. - applicabile anche ai soggetti privati non imprenditori - stabilisce che le azioni o quote ricevute a seguito di conferimento in società, mediante i quali la società conferitaria acquisisce il controllo di un'altra società [la società scambiata] ai sensi dell'art. 2359, comma 1, n. 1, del Codice civile, ovvero incrementa [in virtù di un obbligo legale o di un vincolo statutario] la percentuale di controllo, "sono valutate, ai fini della determinazione del reddito del

conferente, in base alla corrispondente quota delle voci di patrimonio netto formato dalla società conferitaria per effetto del conferimento".

Tale norma, come a più riprese chiarito anche dalla stessa Agenzia delle entrate (4), "non delinea un regime di neutralità fiscale delle operazioni di conferimento", ma definisce un "criterio di valutazione delle partecipazioni ricevute a seguito del conferimento [che rimane realizzativo] ai fini della determinazione del reddito del soggetto conferente". In particolare, in base alla previsione in commento, le azioni o quote ricevute "in cambio" dal soggetto conferente sono valutate, ai fini della determinazione del reddito di quest'ultimo, in base alla corrispondente quota delle voci di patrimonio netto generatosi nella società conferitaria per effetto del conferimento stesso. In definitiva, quindi, "i riflessi reddituali dell'operazione di conferimento in capo al soggetto conferente sono strettamente collegati al comportamento contabile adottato dalla società conferitaria" (5).

Note:

(2) Ai sensi dell'art. 2359, comma 1, n. 1, del Codice civile "sono considerate società controllate le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria". Trattasi del c.d. controllo interno di diritto. Secondo G. Presti - M. Rescigno, in *Corso di diritto commerciale*, nona edizione, 2019, "La nozione di controllo di diritto fa riferimento, in via generica, alla disponibilità di voti in assemblea ordinaria della controllata, muovendo dal presupposto che il diritto di voto in capo ai soci valga senza difformità per tutte le delibere: ciò però oggi non è più vero in quanto è possibile - nelle S.p.A. tramite la creazione di categorie di azioni, nelle S.r.l. tramite l'attribuzione di diritti particolari ai soci - che taluni soci dispongono, p.e., della maggioranza dei voti necessari per approvare il bilancio e non di quelli necessari per nominare gli amministratori. Dunque la nozione delineata nell'art. 2359 va precisata nel senso di riconoscere la qualità di controllante alla società che disponga della maggioranza necessaria nelle deliberazioni relative alla nomina, revoca o responsabilità degli amministratori (...)".

(3) L'Agenzia ha tenuto a chiarire che la riorganizzazione societaria, per come descritta, non costituisce una fattispecie abusiva ai sensi dell'art. 10-*bis* della Legge 27 luglio 2000, n. 212.

(4) In tutti i documenti di prassi (risposte ad interpello, risoluzioni o principi di diritto) viene sempre fatto riferimento a quanto precisato nell'unica circolare pubblicata sul tema, la n. 33/E del 17 giugno 2010.

(5) Con specifico riguardo ai conferimenti minusvalenti si rinvia a quanto chiarito nella risoluzione n. 38/E del 20 aprile 2012 ove l'Agenzia delle entrate a rettifica di quanto affermato nella

(segue)

La norma in commento, richiede che l'operazione abbia ad oggetto una partecipazione idonea a far acquisire alla società acquirente il controllo della società scambiata. Più precisamente, come sopra in parte visto, deve trattarsi di un controllo esercitabile ai sensi dell'art. 2359, comma 1, n. 1, del Codice civile (di seguito, anche, "controllo di diritto").

Sul punto, autorevole dottrina (6) riportando quanto chiarito a suo tempo dall'Agenzia delle entrate nella C.M. n. 320/E/1997, ha chiarito che la norma dovrebbe essere interpretata consentendo di ammettere oltre alle ipotesi in cui, per mezzo del conferimento, viene acquisito il controllo (*i.e.* trasferimento di una quota pari ad almeno il 51% del capitale sociale) anche a tutte quelle ipotesi di c.d. integrazione del controllo (già ammesse, per disposizione di legge, nella permuta *ex art.* 177, comma 1, del T.U.I.R.).

Per quanto concerne, invece, la circostanza in cui la conferitaria già disponga del controllo della società partecipata, il legislatore italiano ha considerato le sole situazioni in cui l'acquirente incrementi il proprio controllo "in virtù di un obbligo legale o di un vincolo statutario". Stante quanto brevemente premesso, è indubbio che nel caso oggetto di interpello il contribuente, al fine di poter conferire in regime di "neutralità indotta" le quote di controllo nella società operativa alla propria *HoldCo*, neocostituita, si sia preconstituito i requisiti, attraverso un'operazione anticipata e preliminare di acquisto dalla comunione ereditaria di una quota pari all'1% necessaria al fine di permettere al socio istante di acquisire il controllo *ex art.* 2359, comma 1, n. 1, del Codice civile nella *target*.

Tale operazione di "precostituzione" dei requisiti per realizzare il conferimento a c.d. realizzo controllato è stata positivamente valutata dall'Agenzia delle entrate la quale, nell'esprimere parere positivo sul riassetto societario posto in essere, ha tenuto a precisare che, l'operazione così come descritta, è da considerarsi lecita e da ricondurre all'interno di un disegno imprenditoriale volto a "perseguire una più efficiente *governance* della azienda di famiglia, seppure indirettamente, mediante una *holding* unipersonale, appositamente costituita dall'istante, attraverso il conferimento della quota di maggioranza detenuta nella azienda stessa [nulla viene detto, infatti, in senso negativo sull'essersi il contribuente preconstituito i

requisiti per il realizzo controllato], che costituisce valida ragione economica che giustifica il vantaggio fiscale derivante dall'applicazione dell'art. 177, comma 2, in luogo dell'art. 9 del T.U.I.R.".

Con tale risposta viene, per così dire, chiuso il cerchio sulla liceità di operazioni di c.d. preconstituzione dei requisiti per poter applicare il regime di c.d. realizzo controllato *ex art.* 177, del T.U.I.R. Se, infatti, con risposta ad interpello n. 429 del 2 ottobre 2020 (di seguito, anche, "risposta 429") l'Agenzia aveva dato il via libera alla preconstituzione dei requisiti con riferimento ad un'operazione di conferimento di partecipazioni non di controllo *ex art.* 177, comma 2-*bis*, del T.U.I.R. mancava ancora, il c.d. semaforo verde per le operazioni di conferimento di partecipazioni di controllo. Via libera, arrivato appunto, con la risposta 374.

Verifica dei "flussi di cassa" futuri

Il secondo profilo di interesse è da ricercare nel fatto che, a differenza di quanto era stato chiarito con risposta ad interpello n. 215 del 26 aprile 2022 (di seguito, anche, "risposta 215") l'Agenzia delle entrate, in ottica antiabuso, non

Note:

(continua nota 5)

precedente circolare n. 33/2010 ebbe modo di precisare che "non essendovi un esplicito riferimento alla determinazione della minusvalenza in tal senso, né nella norma (in cui si fa riferimento alla 'determinazione del reddito del conferente'), né, tantomeno, nella suddetta relazione illustrativa (nella quale viene meglio chiarito il concetto di 'reddito', già esistente nella precedente versione della norma, specificando che il meccanismo basato sulla differenza tra il 'valore iscritto dalla conferitaria' e 'l'ultimo valore fiscalmente riconosciuto delle azioni o quote' si applica unicamente per la 'determinazione della plusvalenza' in capo al soggetto conferente), si evince che per essa la deroga non operi. In assenza di una espressa previsione normativa, è lecito rifarsi, pertanto, al principio generale sopra esposto ('valore normale') e ritenere realizzate e fiscalmente riconosciute solo quelle minusvalenze determinate ai sensi dell'art. 9 del T.U.I.R. (...). Sembra, pertanto, più corretto, a livello sistematico, interpretare anche l'art. 177, comma 2, del T.U.I.R., nel quale è previsto (con qualche differenza nel meccanismo applicativo) lo stesso criterio del 'realizzo controllato' disciplinato dall'art. 175 del T.U.I.R., nello stesso senso di quest'ultimo, consentendo, quindi, la deduzione delle (eventuali) minusvalenze da conferimento solo in presenza di un 'valore normale' delle partecipazioni nella società 'scambiata' inferiore al rispettivo valore fiscale (ossia, solo nel caso in cui le partecipazioni conferite siano effettivamente minusvalenti)".

(6) M. Leo, in *Le imposte sui redditi*, ed. 2022, pag. 3408.

abbia in alcun modo posto sotto “la lente d’ingrandimento” la gestione attiva o passiva dei c.d. flussi di cassa provenienti dalla società scambiata come, invece, fatto pochi mesi fa nella risposta 215 sopra citata.

Si ricorda, infatti, che nella risposta 215 l’Ufficio aveva valorizzato, nell’ottica di un giudizio di liceità di un’operazione di riassetto societario, il fatto che i “flussi di cassa” (ossia, i dividendi distribuiti) dalla società scambiata venissero utilizzati dalla conferitaria all’interno di un’attività imprenditoriale chiarendo che, qualora questo non fosse avvenuto, ci si sarebbe trovati di fronte ad una “gestione passiva di *asset* patrimoniali” che, sempre secondo l’Amministrazione, avrebbe evidenziato la natura prettamente fiscale dell’operazione, e quindi la sua elusività.

In particolare, nella risposta in parola, l’Agenzia era stata chiamata a giudicare di un’operazione di riassetto societario per mezzo della quale, un socio di maggioranza (titolare del 70% del capitale sociale della società oggetto di conferimento), al fine di avviare una nuova attività imprenditoriale volta alla compravendita di opere d’arte, aveva maturato l’idea di costituire un veicolo societario a cui conferire il controllo della società operativa così, permettendo alla nuova *NewCo*, di disporre delle risorse necessarie per intraprendere la nuova iniziativa economica.

Dall’analisi comparata delle risposte n. 215/2022 e n. 374/2022 sembrerebbe potersi dedurre che, ai fini di una valutazione anti-abuso di un’operazione di conferimento in regime di c.d. realizzo controllato, non risulti dirimente la modalità di gestione dei flussi di cassa futuri quanto piuttosto la verifica delle reali intenzioni “imprenditoriali” del contribuente. Sul punto, si attendono conferme ovvero maggiori chiarimenti in merito.

Il “controllo” ai fini dei passaggi generazionali

Il terzo profilo di interesse della risposta 374 è da ricercare nella conferma dell’interpretazione offerta dall’Agenzia delle entrate in ordine all’applicazione dell’esenzione prevista dall’art. 3, comma 4-ter, del TUS anche ai trasferimenti indiretti di controllo dell’azienda familiare.

In particolare, l’Amministrazione finanziaria nel commentare l’ultima fase del processo di

riassetto societario che, nelle intenzioni del socio istante, si sarebbe dovuto perfezionare con il passaggio in esenzione delle quote di controllo della *HoldCo* (attraverso la devoluzione del 51%) alla figlia, ha avuto modo di ribadire che, ai fini dell’applicazione dell’esenzione di cui all’art. 3, comma 4-ter, del TUS “i beneficiari del trasferimento tramite patto di famiglia dovranno detenere il controllo della società per un periodo non inferiore a 5 anni dalla data del trasferimento agevolato, seppur indirettamente mediante il controllo della *HoldCo*”.

Tale “approdo”, risulta in linea con quanto già chiarito nella risposta ad interpello n. 552 del 25 agosto 2021 (di seguito, anche, “risposta 552”) ove, l’Agenzia delle entrate, era stata chiamata ad offrire il proprio parere in ordine ad un’articolata riorganizzazione societaria, mediante la quale il contribuente istante aveva rappresentato l’intenzione di trasferire ai propri discendenti la partecipazione da lui detenuta in una società di capitali attiva nel settore alimentare (7).

Limitando la nostra attenzione al tema del passaggio generazionale analizzato nella risposta 552, si sappia, che nelle intenzioni del contribuente istante, “il passaggio di consegna” si sarebbe dovuto attuare attraverso un patto di famiglia per mezzo del quale egli, avrebbe mantenuto il diritto di usufrutto sulla partecipazione nella *holding* mentre, la nuda proprietà, sarebbe passata ai tre figli in comunione volontaria indivisa tra loro.

Era, dunque, interesse del contribuente istante sapere se, il “passaggio di consegne” potesse o meno beneficiare dell’esenzione da imposta di successione e donazione. In definitiva, quindi, veniva chiesto di sapere se l’esenzione prevista dall’art. 3, comma 4-ter, del TUS potesse applicarsi anche al trasferimento indiretto di controllo poiché, per l’appunto, oggetto del trasferimento sarebbero state le quote della *holding* e non quelle della società alimentare (controllata dalla *holding* stessa).

L’Agenzia delle entrate dopo aver chiarito che: 1) “nell’ipotesi in cui oggetto del trasferimento siano quote o azioni emesse dai soggetti [passivi IRES] di cui all’art. 73, comma 1, lett. a), del

Nota:

(7) Si veda, P. Scarioni - A. Fiorentino Martino, in “Nuove problematiche interpretative in tema di realizzo controllato e passaggi generazionali”, in *Il fisco*, n. 42/2021.

T.U.I.R. (...) l'esenzione spetta per il solo trasferimento di partecipazioni che consente ai beneficiari di acquisire oppure integrare il controllo, ai sensi dell'art. 2359, comma 1, n. 1, del Codice civile”;

2) l'agevolazione in parola può trovare applicazione anche per i trasferimenti di partecipazioni che consentano l'acquisizione o l'integrazione del controllo in regime di comproprietà, a condizione che i diritti dei comproprietari vengano esercitati da un rappresentante comune;

ha concluso, riprendendo l'analisi svolta dalla Corte costituzionale nella sentenza 23 giugno 2020, n. 120 e relativa all'individuazione della *ratio* dell'agevolazione che “anche i trasferimenti di partecipazioni di società che detengono il controllo dell'attività d'impresa possono fruire dell'esenzione [ex art. 3, comma 4-ter, del TUS] poiché consentono al beneficiario della donazione di continuare a detenere, seppur indirettamente, il controllo dell'azienda familiare”.

In definitiva, dunque, con la risposta 374 è stato confermato che l'esenzione da imposta di successione e donazione ex art. 3, comma 4-ter, del TUS possa trovare applicazione anche ai trasferimenti indiretti del controllo dell'azienda familiare purché i beneficiari del trasferimento mantengano il controllo, ancorché indiretto, dell'azienda per un periodo non inferiore a 5 anni dalla data del trasferimento agevolato.

Aggravio dei requisiti di participation exemption

Quarto, ed ultimo, profilo degno di attenzione, ancorché minore e non oggetto di quesito, è da ricercare nel passaggio della risposta 374 ove l'Agenzia delle entrate pone all'attenzione uno degli elementi caratterizzanti e distintivi delle due ipotesi di conferimento disciplinate dall'art. 177, del T.U.I.R.

Ci si riferisce all'allungamento dell'*holding period* da 12 a 60 mesi qualora, a seguito di un conferimento di partecipazioni non di controllo ex art. 177, comma 2-bis, del T.U.I.R. la società conferitaria decida di procedere alla cessione delle azioni ricevute. In tal caso, per beneficiare dell'esenzione prevista dal regime di *participation exemption* dovrà attendersi il perfezionamento di un *holding period* non di 12 mesi, come previsto dall'art. 87, comma 1, lett. a), del T.U.I.R., bensì di 60.

Sul punto, è stata confermata la lettera della norma chiarendo che, nel caso di specie, trattandosi di conferimento di partecipazioni di controllo, non troverà applicazione ai fini *pex*, l'estensione dell'*holding period* da 12 a 60 mesi che, invece, si sarebbe applicata qualora il conferimento avesse avuto ad oggetto partecipazioni non di controllo.