

IL REALIZZO CONTROLLATO EX ARTICOLO 177, COMMA 2-BIS, TUIR E LA NOZIONE FISCALE DI HOLDING

ANDREA CRENCA

Dottore commercialista e revisore legale in Roma

In tema di conferimento di partecipazioni, un'opportunità molto interessante è quella prevista dall'articolo 177, comma 2-bis, TUIR che consente, in particolari fattispecie, di considerare quale plusvalenza imponibile solo quella eventualmente determinata in base alla relativa contabilizzazione operata dalla conferitaria. Si tratta di uno specifico regime fiscale, detto di "realizzo controllato", che consente di derogare alla regola ordinaria sancita dall'articolo 9, comma 2, TUIR; secondo quest'ultima norma, infatti, la plusvalenza viene determinata dalla differenza tra il valore normale e il costo fiscale della partecipazione conferita.

L'espressione "costo fiscale", nel regime di impresa, pur nel silenzio di una definizione esplicita, intende esprimere che esso ricomprende, in aggiunta a quanto inizialmente pagato, finanche tutti gli oneri finanziari relativi "al possesso e alla tutela del valore della partecipazione attraverso l'aumento o il ripristino del patrimonio netto della società" (v. A. Ginex "la Rivista delle operazioni straordinarie", n. 4/2020, Euroconference).

L'ambito applicativo dell'articolo 177, comma 2-bis concerne il conferimento in una società di particolari partecipazioni non di controllo, nel senso di cui si dirà qui di seguito.

Quali sono le condizioni per poter usufruire di quanto previsto dalla citata disposizione? Innanzitutto è imprescindibile che le partecipazioni siano conferite in società, già esistenti o di nuova costituzione, partecipate unicamente dal conferente. Inoltre, tali partecipazioni devono rappresentare una percentuale di diritti di voto esercitabile nell'assemblea ordinaria maggiore del 20% oppure, in alternativa, una partecipazione al capitale o al patrimonio superiore al 25%. Le predette misure si riducono, con riferimento a ciascuno degli elementi considerati, al 2% e al 5% nell'eventualità di titoli negoziati nei mercati regolamentati.

Come si può osservare, c'è una leggera ma significativa differenza quantitativa con la nozione di collegamento prevista dall'articolo 2359,

comma 3, c.c., in quanto in quest'ultima norma il requisito è di perlomeno un quinto dei voti oppure di un decimo, laddove la società abbia azioni quotate i mercati regolamentati.

Il realizzo controllato qui esaminato, che (aspetto molto importante) può essere utilizzato anche da un conferente persona fisica non imprenditore, consiste nel fatto che, se la conferitaria contabilizza lo stesso valore che era in carica alla conferente, l'operazione non genera alcuna maggiorazione della base imponibile in tema di imposte dirette, il che, ovviamente, costituisce un'opportunità molto interessante visto che la norma generale (articolo 9, comma 2) considera il conferimento come un atto realizzativo.

Un esempio servirà a meglio comprendere la fattispecie. La società conferente A ha una partecipazione nella società conferita B pari al 27%, che è iscritta in bilancio per un costo fiscalmente riconosciuto pari a 5.000.

La società conferente A effettua il conferimento della partecipazione detenuta in B nella società conferitaria C (completamente posseduta da A). Orbene, il carico fiscale dell'operazione risulta interamente da quanto scaturisce in base al comportamento contabile della società conferitaria C. Se essa iscrive la partecipazione in B al medesimo valore di 5.000, non vi sarà plusvalenza, mentre ogni valore ad esso superiore genererà materia imponibile.

C'è però un'importante esclusione applicativa da tenere presente (prevista nella seconda parte dell'articolo 177, comma 2-bis, TUIR) e concerne l'eventualità in cui il conferimento riguardi partecipazioni in società la cui attività consiste in via unica o preminente nell'assunzione di partecipazioni (c.d. "holding"). Il penultimo periodo della disposizione qui esaminata stabilisce infatti che, "per i conferimenti di partecipazioni detenute in società la cui attività consiste in via esclusiva o prevalente nell'assunzione di partecipazioni" le percentuali di cui sopra si riferiscono a tutte le società partecipate indirettamente che esercitano un'impresa commerciale, come da definizione dell'articolo 55, e si calcolano, per il conferente, tenendo nel debito conto l'eventuale demoltiplicazione generata dalla catena partecipativa.

In altri termini, se la società Alfa possiede il 30% di una società holding B e quest'ultima ne ha una, fra le varie, pari al 35%, la partecipazione (e il diritto di voto) in A è considerata pari solo al 10,5% e, perciò, non può essere applicata la norma del realizzo controllato.

Si rimarca il fatto che occorre analizzare la totalità delle società indirettamente partecipate, come precisato dall'Agenzia delle Entrate nella Risposta all'Interpello n. 238 del 13 aprile 2021, ove viene affermato che, *nell'eventualità di conferimento di partecipazioni in una holding, è necessario considerare le partecipazioni detenute indirettamente in tutte le società partecipate. In altri termini, basta che una singola partecipazione*

posseduta non rientri nei parametri prima esposti per rendere non possibile l'applicazione del realizzo controllato.

Per il requisito di commercialità, ai fini fiscali, vale quanto previsto dall'articolo 55 TUIR, secondo cui rientrano fra i redditi d'impresa, in via generale, quelli che derivano dall'esercizio di imprese commerciali, cioè lo svolgimento per professione abituale, anche se non esclusiva, delle attività descritte nell'articolo 2195 c.c. ma pure i redditi derivanti dall'esercizio di attività ordinate in forma d'impresa dirette alla prestazione di servizi, ancorché non rientranti in quanto previsto dal citato articolo 2195 c.c.; viene quindi dato uno specifico valore all'elemento organizzativo.

Sussistono finanche anche altre situazioni particolari in cui, ex articolo 55 TUIR, si rientra nel perimetro fiscale del reddito d'impresa, fra cui significativa è lo svolgimento di talune attività agricole indicate alle lettere b) e c) del comma 2 dell'art. 32 TUIR che eccedono i limiti ivi stabiliti, anche se non strutturate in forma d'impresa.

Le limitazioni dianzi tratteggiate in tema di holding sono state oggetto di una parte importante della Risposta a Interpello n. 869 del 29 dicembre 2021 dell'Agenzia delle Entrate, motivatamente criticata da A. Fiorentino Martino e P. Scarioni (v. "Il Sole - 24 Ore" del 22 febbraio 2002, n. 52, pag. 34 "Nel realizzo controllato le holding non sono qualificabili con criteri Pex"). In tale Risposta l'Ufficio ha espresso il proprio punto di vista su quale debba essere, per l'applicazione del realizzo controllato qui in esame, la regola da seguire per accertare se l'oggetto del conferimento sia la partecipazione in un soggetto qualificabile come holding. La sorprendente e penalizzante conclusione a cui è giunto l'Ufficio è che i parametri per verificare se una società è holding ai fini dell'articolo 172, comma 2-bis non sono quelli usuali previsti dall'apposita norma ad hoc, ovvero dall'articolo 162-bis, comma 3, TUIR, bensì occorre fare riferimento all'articolo 76, comma, 5 TUIR in tema di Pex.

Come noto, l'articolo 162-bis, comma 3 definisce quale elemento caratterizzante di una holding industriale, ai fini fiscali, l'esercizio in via prevalente di attività di assunzione di partecipazioni in soggetti diversi dagli intermediari finanziari, quando, in base ai dati del bilancio approvato relativo all'ultimo esercizio chiuso, l'ammontare complessivo delle partecipazioni in detti soggetti e altri elementi patrimoniali intercorrenti con i medesimi, unitariamente considerati, sia superiore al 50 per cento del totale dell'attivo patrimoniale. Per "altri elementi patrimoniali intercorrenti" s'intendono il leasing finanziario, i crediti sia per finanziamenti che per prestito titoli (v. "Linee Guida Assoholding: "Il calcolo della «prevalenza» secondo il nuovo art. 162-bis, commi 2 e 3 del TUIR").

Per quanto attiene all'accennato requisito della prevalenza sotto il profilo patrimoniale, esso va verificato dovendosi avere riguardo all'ultimo bilancio approvato precedentemente alla presentazione della dichiarazione dei redditi (v. Risposta a Interpello n. 40 del 13 gennaio 2021 dell'Agenzia delle Entrate nonché "Fiscalità e adempimenti delle Holding", S. Bettiol - E.Vial, Maggioli Editore, 2021, pagina 38 e seguenti, con particolari riferimenti alla differenza fra holding finanziarie e holding industriali).

Invece l'Agenzia delle Entrate, nel predetta Risposta a Interpello n. 869 del 29 dicembre 2021, propende per l'applicazione dell'articolo 87, comma 5, asserendo che il canone da seguire per la qualificazione come holding della società le cui partecipazioni sono oggetto di conferimento non può essere quello indicato dall'articolo 162-*bis*, cioè quello risultante "dal raffronto del valore contabili delle partecipazioni con il valore contabile complessivo dell'attivo patrimoniale, entrambi riferiti al bilancio dell'esercizio / periodo d'imposta in cui il conferimento viene posto in essere), ma deve tener conto del rapporto tra il valore corrente delle partecipazioni detenute dalla società scambiata e il suo valore (corrente) complessivo; rapporto che deve essere verificato "alla data in cui il conferimento ha efficacia giuridica".

Una siffatta conclusione sembra nascere dall'esigenza necessità di preservare i criteri applicabili in ambito Pex: l'articolo 87, comma 5 prescrive, infatti, che, per le partecipazioni in una "società al cui attività consiste in via esclusiva o prevalente nell'assunzione di partecipazioni", il requisito di esenzione può essere accordato solo se i requisiti di commercialità e residenza sussistono nei confronti delle partecipate "che rappresentano la maggior parte del valore del patrimonio sociale della partecipante", primazia che deve essere accertata a valori correnti e non contabili (circolare n. 36/E del 04 agosto 2004 dell'Agenzia delle Entrate).

Al riguardo, è stato opportunamente rilevato (v. E. Vial "La definizione di holding ai fini dell'articolo 177, comma 2-*bis*, TUIR, in Euroconference News del 26 gennaio 2021), che l'Agenzia delle Entrate è giunta a tale presa di posizione non senza qualche esitazione, avendo talvolta evitato (come nella Risposta a Interpello n. 381 del 18 settembre 2020) di prendere posizione, ritenendo l'argomento già assorbito, nei vari casi singoli affrontati, da altre questioni.

Anche il riferimento puramente testuale operato dall'Agenzia delle Entrate nella citata risposta all'Interpello non mi sembra condivisibile. Secondo l'Ufficio, l'articolo 177, comma 2-*bis* citando le partecipazioni in società "la cui attività consiste in via esclusiva o prevalente nell'assunzione di partecipazioni", ripete l'analoga forma dell'articolo 87, comma 5 e questo sarebbe suffragante per l'applicazione della propria tesi. Ma lo

stesso potrebbe dirsi per l'articolo 162-*bis* comma 3 (articolo inserito dall'articolo 12, comma 1, lettera d, del D.Lgs. 27/12/2018, n. 148), in cui è scritta la stessa frase con la sola mancanza della parola "esclusiva", la cui assenza è però del tutto logica, perché altrimenti non avrebbe senso porsi il problema del criterio di preminenza affrontato, dall'articolo 162-*bis*, comma 3 medesimo.

A parere dello scrivente, la cautela erariale in materia di Pex viene già affrontata in maniera esauriente dal legislatore nell'ultima parte dell'articolo 177, comma 2-*bis* ove si afferma, appunto che, in caso di successiva cessione della partecipazione, la caratteristica necessaria dell'ininterrotto possesso viene ampliata al sessantesimo mese precedente a quello dell'avvenuta cessione. Viene quindi precauzionalmente dilatato temporalmente l'analogo requisito di cui all'articolo 87 comma 1, lettera a) TUIR, che prevede, in via generale, la decorrenza dal primo giorno del dodicesimo mese precedente a quello dell'avvenuta vendita.

Non si capisce, quindi, il motivo per cui si debba fare riferimento a una norma particolare di una disciplina la cui problematica viene affrontata esplicitamente e compiutamente, appunto, dall'articolo 87, comma 5. Senza contare le notevolissime complicazioni segnalate nel citato articolo di A. Fiorentino Martino - P. Scarioni, che comporterebbero l'esecuzione dei calcoli puntuali dei valori correnti alla data precisa del momento del conferimento. A questo proposito, l'attuazione delle due direttive "ATAD" (Anti Tax Avoidance Directive, n. 2016/1164 del 12 luglio 2016 e n. 2017/952 del 29 maggio 2017) risponde anche a un'esigenza di semplificazione e di standardizzazione delle procedure, come si legge nella relazione introduttiva a pagina 38 al D.Lgs. 27/12/2018, n. 148, ove è scritto che la nuova definizione di holding, cioè quella dell'articolo 162-*bis* "si applica a tutte le disposizioni dell'ordinamento tributario che fanno riferimento a tali soggetti" e che il "nuovo art. 162-*bis* individua una definizione univoca di intermediario finanziario valida per l'IRES e l'IRAP".

Quanto sopra è rafforzato dal fatto che, mediante la collocazione dell'Articolo 162-*bis* "tra le "Disposizioni comuni" del TUIR il legislatore ha voluto, innanzitutto, "superare la dicotomia delle precedenti disposizioni fiscali che, per lo meno nella formulazione letterale, avevano fornito definizioni di intermediari finanziari non perfettamente coincidenti ai fini IRES e IRAP (V. "Operazioni Straordinarie", Ceppellini Lugano S.t.P., Wolters Kluwer Italia 2020, sezione a cura di M. Nessi, pag. 1749).

Nel citato Interpello n. 869 viene osservato altresì che nell'articolo 177, comma 2-*bis* non vi è riferimento esplicito all'articolo 162-*bis* ma l'argomentazione può essere agevolmente rovesciata, visto che non vi è nemmeno un espresso richiamo all'articolo 87, comma 5.

Vi è anche da dire che l’Agenzia delle Entrate, sempre nell’Interpello di cui sopra, sostiene che, allorché il legislatore ha voluto richiamare la nozione di holding, lo ha fatto esplicitamente e cita, a tal proposito, gli articoli 96, 106, 113 del TUIR e l’articolo 1, comma 65, L. 28 dicembre 2015, n. 208. Anche questi riferimenti non sembrano convincenti, giacché, in queste norme richiamate non si parla affatto di holding ma solo di intermediari finanziari; l’ultima, peraltro, nomina gli “enti creditizi e finanziari”.

In conclusione, mi pare che vi siano tutti gli elementi per poter sostenere, in contrasto con la posizione assunta dall’Agenzia delle Entrate, che il richiamo operato dall’articolo 177, comma 2-*bis*, debba essere riferito, in base all’ordinamento giuridico, a quanto previsto dall’articolo 162-*bis*, in quanto norma destinata *ad hoc* a fornire i requisiti necessari e sufficienti per la definizione tributaria di holding.