

Conferimento di partecipazioni e attuazione della delega fiscale

Transfer of shareholdings and implementation of tax reform

di Sergio Marchese e Luca Miele – 4 maggio 2024

Abstract

Questo contributo approfondisce il contenuto delle modifiche apportate dallo schema di decreto legislativo approvato dal Consiglio dei Ministri il 30 aprile 2024 in attuazione dei principi e criteri direttivi della delega fiscale, alla disciplina recata dal Testo Unico delle imposte sui redditi (TUIR) in materia di scambi di partecipazioni mediante conferimento. Si tratta di interventi significativi che muteranno le regole di applicazione del cosiddetto regime di realizzo controllato di cui agli artt. 175 e 177 TUIR, sia con riferimento all’ambito soggettivo sia in relazione a quello oggettivo, per le operazioni effettuate a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo.

Parole chiave: delega fiscale, conferimento di partecipazioni, regime di “realizzo controllato”, conferimento di partecipazioni “qualificate”, approccio *look through*

Abstract

This paper deepens the content of those changes which the draft legislative decree approved by the Council of Ministers on 30 April 2024 has made to the regulations contained in the Consolidated Income Tax Act (TUIR) regarding exchanges of shareholdings by contribution, in implementation of principles and directive criteria of the tax reform. These are significant interventions which will change the rules of application of the so-called controlled realization regime, referred to in Articles 175 and 177 of TUIR, with reference to both the subjective and objective scope, for operations carried out from the date of entry into force of the legislative decree.

Keywords: tax reform, transfer of shareholdings, “controlled realization” regime, transfer of “qualified” shareholdings, “look through” approach

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Conferimenti mediante i quali la conferitaria acquisisce o incrementa il controllo della società le cui partecipazioni sono oggetto di conferimento. - 2.1. Ampliamento dell’ambito oggettivo di applicazione dell’art. 177, comma 2, TUIR: il conferimento che determina l’incremento della percentuale di controllo. - 2.2. Ampliamento dell’ambito oggettivo di applicazione dell’art. 177, comma 2, TUIR: i conferimenti minusvalenti. - 2.3. Ampliamento dell’ambito soggettivo di applicazione dell’art. 177, comma 2, TUIR: le società scambiate fiscalmente non residenti in Italia. - 2.4. Ambito soggettivo di applicazione dell’art. 177, comma 2, TUIR: mantenimento dell’esclusione delle società di persone. - 3. Conferimenti di “partecipazioni qualificate”. - 3.1. Definizione di società holding. -

3.2. Approccio “*look-through*” per la verifica del superamento delle soglie percentuali in caso di conferimenti di partecipazioni in società holding. - **3.3.** Superamento della condizione di unipersonalità della conferitaria. - **3.4.** Conferimento di partecipazioni in società di persone. - **4.** Conclusioni.

1. Lo schema di decreto legislativo, approvato in via preliminare dal Consiglio dei Ministri del 30 aprile 2024 (di seguito “Schema di Decreto”), reca le disposizioni di attuazione dell’art. 6, comma 1, lett. f), L. 9 agosto 2023, n. 111 (c.d. “Delega Fiscale”) concernente i principi e i criteri direttivi in materia di conferimenti di azienda e di partecipazioni.

In particolare, tale norma prevede «*la sistematizzazione e razionalizzazione della disciplina dei conferimenti di azienda e degli scambi di partecipazioni mediante conferimento, con particolare riferimento alle partecipazioni detenute nelle holding, nel rispetto dei relativi principi vigenti di neutralità fiscale e di valutazione delle azioni o quote ricevute dal conferente in base alla corrispondente quota delle voci di patrimonio netto formato dalla conferitaria per effetto del conferimento*».

Nel presente contributo sono analizzate le modifiche che il decreto legislativo, ipotizzando che esso sarà conforme allo Schema di Decreto, apporterà, per i conferimenti effettuati a decorrere dalla sua data di entrata in vigore, alla disciplina dei conferimenti di partecipazioni.

2.1. Il primo periodo del comma 2 del novellato art. 177 TUIR contiene una modifica identica a quella apportata al comma 1 del medesimo articolo ed al comma 1 dell’art. 178, lett. e), TUIR, concernenti, rispettivamente, lo scambio di partecipazione mediante permuta e lo scambio di partecipazioni fra soggetti residenti in Stati membri diversi dell’Unione Europea.

L’oggetto dell’intervento riguarda l’applicabilità del regime del realizzo controllato nell’ipotesi in cui:

- la società conferitaria possiede già, prima del conferimento, una partecipazione che, attribuendole la maggioranza dei diritti di voto esercitabili nell’assemblea ordinaria della società le cui partecipazioni sono oggetto di conferimento, le garantisce il controllo “di diritto” di tale società ai sensi dell’art. 2359, comma 1, n. 1), c.c.; e
- il conferimento di partecipazioni determina l’incremento dei diritti di voto esercitabili, da parte della conferitaria, nell’assemblea ordinaria della società scambiata.

Secondo la tesi originariamente sostenuta dall’Amministrazione finanziaria, non condivisa dalla maggioranza della dottrina, non potevano ricondursi nell’ambito di applicazione del regime in commento «*le operazioni che hanno ad oggetto l’acquisizione di partecipazioni [...] che si aggiungono a partecipazioni possedute, le quali ultime di per sé consentono il controllo*» (circ. n. 320/E/1997).

In tale contesto, è intervenuta la Direttiva 2005/19/CE, che ha modificato la definizione di scambio di partecipazioni valevole ai fini del regime comunitario previsto dalla Direttiva 90/434/CEE (poi rifiuta nella Direttiva 2009/133/CE) chiarendo che tale definizione comprende le operazioni mediante le quali *«una società acquisisce nel capitale sociale di un'altra società una partecipazione il cui effetto sia quello di conferire la maggioranza dei diritti di voto di questa società o, se dispone già di tale maggioranza, acquisisce un'ulteriore partecipazione»*.

Il legislatore italiano – con il D.Lgs. 6 novembre 2007, n. 199 – ha integrato i commi 1 e 2 dell'art. 177 TUIR – nonché, con riferimento agli scambi di partecipazioni intracomunitari, la lettera e) del comma 1 dell'art. 178 TUIR – comprendendo nel loro ambito applicativo anche i casi in cui l'acquirente *«incrementi, in virtù di un obbligo legale o di un vincolo statutario, la percentuale di controllo»*.

L'estensione dell'ambito di applicazione oggettivo della disciplina degli scambi di partecipazioni recata dalla citata modifica all'art. 177 TUIR che – nel caso in cui la società conferitaria possieda già, prima del conferimento, una partecipazione che le garantisce il controllo di diritto della società le cui partecipazioni sono oggetto di conferimento e quest'ultimo determini l'incremento dei diritti di voto esercitabili, da parte della conferitaria, nell'assemblea ordinaria della società scambiata – subordina l'applicabilità del regime previsto da tale disposizione alla condizione che tale incremento sia effettuato in virtù di obblighi legali o vincoli statutari, ha, con tutta evidenza, una portata più limitata rispetto a quanto previsto dalla Direttiva 2005/19/CE, che non prevede tale condizione.

Al riguardo è stato osservato (MIELE L., *In via di recepimento la direttiva su operazioni straordinarie transfrontaliere*, in *Corr. trib.*, 2007, 34, 2751) che, evidentemente, il legislatore ha ritenuto di dare rilevanza alle motivazioni che hanno spinto la Commissione europea all'emanazione della Direttiva 2005/19/CE e che possono individuarsi nel quindicesimo considerando della stessa, secondo cui: *«L'attuale definizione di scambio di azioni di cui all'articolo 2, lettera d), della direttiva 90/434/CEE, non precisa se questo termine comprenda ulteriori acquisizioni che conferiscano più della maggioranza semplice dei diritti di voto. Non è raro che gli statuti delle società e le regole di voto siano formulati in modo che siano necessarie ulteriori acquisizioni prima che l'acquirente possa ottenere il controllo totale della società destinataria»*.

L'intervento attuato dallo Schema di Decreto elimina la condizione sopra indicata. Si tratta di una modifica – ai commi 1 e 2 dell'art. 177 e al comma 1, lett. e) dell'art. 178 TUIR – il cui intento è *«rendere pienamente conforme la normativa domestica degli scambi di azioni intra UE alla Direttiva 2005/19/CE, modificativa della Direttiva 90/434/CEE, poi rifiuta nella Direttiva 2009/133/CE, e di prevenire censure comunitarie. Infatti, in base alla citata Direttiva il regime di neutralità fiscale ivi previsto si applica, oltre che agli scambi di partecipazioni per effetto dei quali la società “acquirente” consegua la maggioranza dei diritti di voto della società “acquistata”, anche a quelli in conseguenza dei quali la società stessa*

integrati una partecipazione di maggioranza già posseduta, a prescindere dai motivi per cui le ulteriori partecipazioni sono state scambiate. Diversamente, in base alla norma interna, le acquisizioni di ulteriori partecipazioni rispetto a quella di controllo già detenuta avvengono in neutralità solo se l'incremento della percentuale di controllo avvenga "in virtù di un obbligo legale o di un vincolo statutario". Quindi, il recepimento nell'ordinamento domestico della Direttiva del 2005 è avvenuto in modo parziale rispetto a quanto indicato dalla Direttiva stessa, che consente anche ai conferimenti successivi a quello che ha consentito l'acquisizione della maggioranza dei diritti di voto nella società scambiata di beneficiarie del regime di piena neutralità fiscale. L'intervento attuato in questa sede consente di superare il conflitto tra normativa domestica e previsioni della Direttiva» (relazione illustrativa allo Schema di Decreto).

È auspicabile che nel corso dell'iter parlamentare l'art. 178 sia ulteriormente modificato al fine di renderne possibile l'applicazione anche quando la società scambiata e quella conferitaria appartengano al medesimo Stato UE; modifica che risulterebbe coerente con quanto ora previsto per i conferimenti di cui all'art. 177, comma 2 (si veda par. 2.3).

2.2. Un'ulteriore modifica apportata al comma 2 dell'art. 177 TUIR (ed all'art. 175 TUIR) riguarda i c.d. "conferimenti minusvalenti" (i.e. i conferimenti di partecipazioni nei quali le partecipazioni oggetto di conferimento sono iscritte in capo alla conferitaria a un valore inferiore al costo fiscalmente riconosciuto che esse avevano in capo al conferente).

Nella relazione illustrativa si legge: «[...] sono stati controversi anche gli effetti fiscali dei conferimenti di partecipazioni che rientrerebbero nell'ambito di applicazione dell'articolo 177, commi 2 e 2-bis del TUIR [...] quando le partecipazioni oggetto di conferimento sono iscritte nella contabilità del soggetto conferitario ad un valore inferiore al loro costo fiscalmente riconosciuto in capo al soggetto conferente (cd. conferimenti minusvalenti)».

In effetti, le pronunce dell'Agenzia delle Entrate sui conferimenti minusvalenti rese pubbliche sino al 2022 (cfr., *ex multis*, ris. 20 aprile 2012, n. 38/E e Principio di diritto n. 10/2020) possono essere così sintetizzate:

- la società conferitaria iscrive la partecipazione ricevuta – e quindi incrementa il proprio patrimonio netto – per un importo pari all'ultimo valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione conferita in capo al soggetto conferente: l'operazione non determina l'emersione in capo al conferente di plusvalenze o minusvalenze fiscalmente rilevanti;
- la società conferitaria iscrive la partecipazione ricevuta – e quindi incrementa il proprio patrimonio netto – per un importo superiore all'ultimo valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione conferita in capo al soggetto conferente: l'operazione determina l'emersione in capo al conferente di una plusvalenza fiscalmente rilevante in misura pari alla differenza tra l'importo dell'incremento patrimoniale della conferitaria e il costo fiscalmente riconosciuto della

partecipazione conferita in capo al soggetto conferente (a prescindere dal “valore normale” di tale partecipazione);

- la società conferitaria iscrive la partecipazione ricevuta – e quindi incrementa il proprio patrimonio netto – per un importo inferiore all’ultimo valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione conferita in capo al soggetto conferente: ai fini fiscali il “corrispettivo” ottenuto dal conferente deve essere determinato ai sensi dell’art. 9 TUIR; pertanto l’operazione determinerà l’emersione di minusvalenze rilevanti, solo se il valore di iscrizione in capo alla società conferitaria della partecipazione conferita è in linea con il “valore normale” di quest’ultima; in caso contrario (ossia qualora tale “valore normale” sia superiore al valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione conferita), in capo al conferente l’operazione determinerebbe una plusvalenza.

La presa di posizione dell’Agenzia delle Entrate riferita a quest’ultima fattispecie è stata quella che ha generato maggiori controversie; infatti la dottrina ha ritenuto che la conseguenza del Principio di diritto n. 10/2020 non debba essere quella di precludere l’applicazione dell’art. 177, comma 2, TUIR ai conferimenti minusvalenti, ma, piuttosto, quella di consentire la deduzione della minusvalenza nei limiti di quella “effettiva”, secondo quanto già chiarito nella citata ris. n. 38/E/2012.

In questo senso si è espressa più recentemente l’Agenzia delle Entrate (ris. 16 ottobre 2023, n. 56/E). Secondo quest’ultimo – condivisibile – orientamento, nel caso di conferimento minusvalente:

- il “corrispettivo” del conferimento, qualora alla minusvalenza contabile non corrisponda una minusvalenza effettiva (quantificata sulla base del valore normale – determinato ai sensi dell’art. 9 TUIR – della partecipazione), è convenzionalmente assunto in misura pari al valore fiscalmente riconosciuto, in capo al conferente, delle partecipazioni conferite, restando così applicabile il regime di “neutralità indotta”;
- la minusvalenza contabile è deducibile solo nei limiti dell’eventuale minusvalenza effettiva (fatta salva l’applicabilità della *participation exemption* qualora ne sussistano i presupposti).

La modifica apportata dallo Schema di Decreto si limita a “replicare” nel testo normativo quanto recentemente affermato dalla citata ris. n. 56/E/2023.

A maggior chiarimento, la relazione illustrativa riporta i seguenti esempi:

Esempio 1

- costo fiscalmente riconosciuto, in capo al conferente, della partecipazione conferita: 100
- valore di iscrizione nella contabilità della conferitaria della partecipazione conferita: 90
- valore normale, ex art. 9 TUIR, della partecipazione conferita: 115.

Ove sussistano i requisiti per l’applicazione dell’art. 177, comma 2 o 2-bis, TUIR:

- la differenza tra il costo fiscalmente riconosciuto della partecipazione conferita (100) ed il valore di iscrizione di tale partecipazione nella contabilità della

conferitaria (90) non è deducibile in quanto non corrisponde ad una minusvalenza effettiva;

- non è disapplicato integralmente il regime di realizzo controllato previsto dall'art. 177, comma 2 o 2-bis, TUIR in "favore" del criterio generale di cui all'art. 9 TUIR (che nella fattispecie rappresentata avrebbe determinato l'emersione di una plusvalenza di 15).

Si ipotizzi ora la seguente modifica all'esempio appena riportato:

Esempio 2

- costo fiscalmente riconosciuto, in capo al conferente, della partecipazione conferita: 100
- valore di iscrizione nella contabilità della conferitaria della partecipazione conferita: 90
- valore normale, ex art. 9 TUIR, della partecipazione conferita: 95.

Ove sussistano i requisiti per l'applicazione dell'art. 177, comma 2 o 2-bis, TUIR la differenza tra il costo fiscalmente riconosciuto della partecipazione conferita (100) ed il valore di iscrizione di tale partecipazione nella contabilità della conferitaria (90) è deducibile (fatta salva l'applicabilità della *participation exemption*, qualora ne sussistano i presupposti) nei limiti della differenza tra tale costo e il valore normale (95), in quanto corrisponde ad una minusvalenza effettiva.

Da ultimo, con riferimento ai conferimenti minusvalenti, si auspica che nel corso dell'*iter* parlamentare dello Schema di Decreto venga affrontata la questione, tuttora incerta, del valore fiscale, in capo alla conferitaria, della partecipazione conferita e del valore fiscale, in capo al conferente, di quella ricevuta in cambio.

Al riguardo, con l'obiettivo di evitare salti di imposta o situazioni di doppia imposizione, si ritiene che le soluzioni sistematicamente più corrette siano le seguenti:

- (i) conferimento in cui il valore contabile di iscrizione in capo alla conferitaria della partecipazione conferita è inferiore al costo fiscalmente riconosciuto della medesima in capo al conferente e il valore normale di tale partecipazione è pari o superiore al suddetto costo: (i) in capo al conferente non emerge un componente di reddito fiscalmente rilevante; (ii) il valore fiscale in capo al conferente della partecipazione ricevuta e quello, in capo alla conferitaria, della partecipazione conferita sono pari al valore fiscale che quest'ultima aveva in capo al conferente;
- (ii) conferimento in cui il valore contabile di iscrizione in capo alla conferitaria della partecipazione conferita è inferiore al costo fiscalmente riconosciuto della medesima in capo al conferente e il valore normale di tale partecipazione è inferiore al suddetto costo e pari o superiore al valore di iscrizione della partecipazione in capo alla conferitaria: (i) in capo al conferente emerge una minusvalenza fiscalmente rilevante pari alla differenza tra il costo fiscalmente riconosciuto della partecipazione conferita e il suo valore normale (fatta salva, si ripete, l'applicabilità della *participation exemption*, qualora ne sussistano i presupposti); (ii) il valore fiscale in capo al conferente della partecipazione

ricevuta e quello, in capo alla conferitaria, della partecipazione conferita sono pari al valore normale di quest'ultima.

Pertanto, riprendendo gli esempi precedenti:

- esempio 1: il valore fiscale, in capo al conferente, della partecipazione ricevuta e quello, in capo alla conferitaria, della partecipazione conferita dovrebbero, secondo la tesi che qui si sostiene, essere pari a 100;
- esempio 2: il valore fiscale, in capo al conferente, della partecipazione ricevuta e quello, in capo alla conferitaria, della partecipazione conferita dovrebbero, secondo la tesi che qui si sostiene, essere pari a 95.

2.3. Una ulteriore modifica apportata al primo periodo del comma 2 dell'art. 177 TUIR riguarda l'ambito di applicazione soggettivo della norma.

È noto che, ad avviso dell'Agenzia delle Entrate, le società non residenti ai fini fiscali in Italia non possono beneficiare del regime di realizzo controllato previsto, per i conferimenti di partecipazioni, dai commi 2 e 2-bis dell'art. 177 TUIR.

Più in particolare, l'Agenzia delle Entrate ritiene che – nonostante il comma 2 dell'art. 177 TUIR, a differenza del comma 1 (riguardante lo scambio di partecipazioni mediante permuta), non richiami i soggetti indicati nella lett. a) dell'art. 73, comma 1, TUIR (*i.e.* le società di capitali fiscalmente residenti in Italia) – sia la società conferitaria sia la società le cui partecipazioni sono oggetto di conferimento debbano essere fiscalmente residenti nel territorio dello Stato (ris. 4 aprile 2017, n. 43/E).

Tale posizione interpretativa è giustificata dall'Agenzia delle Entrate affermando che:

- l'art. 177 TUIR disciplina lo scambio di partecipazioni nel suo complesso, sia esso effettuato mediante permuta (comma 1) oppure mediante conferimento (comma 2);
- tali operazioni, rappresentando modalità alternative di effettuazione di uno scambio di partecipazioni, devono essere caratterizzate da identità dell'ambito soggettivo di applicazione.

Da questa posizione interpretativa discende poi che, per effetto del rinvio al comma 2 presente nel comma 2-bis dell'art. 177 TUIR, tali limitazioni di carattere soggettivo si applicano anche ai conferimenti di partecipazioni disciplinati da quest'ultima disposizione.

Ciò premesso, l'intervento operato con lo Schema di Decreto amplia l'ambito soggettivo di applicazione del regime di realizzo controllato in quanto il novellato comma 2 dell'art. 177 richiama ora, quanto alle società le cui partecipazioni sono oggetto di conferimento (“società scambiate”), quelle di cui all'art. 73, comma 1, lett. d), TUIR e, quindi, le società fiscalmente non residenti.

Tale ampliamento, per effetto del rinvio al comma 2 operato dal comma 2-bis, risulterà applicabile anche ai conferimenti di “partecipazioni qualificate” disciplinati da quest'ultima disposizione.

Nella relazione illustrativa è affermato che l'intervento operato consente di perseguire una duplice finalità:

- superare i profili di incompatibilità con le libertà fondamentali del diritto comunitario (libertà di stabilimento per la disposizione contenuta nel comma 2 e libertà di circolazione dei capitali per quella contenuta nel comma 2-bis generati dalla limitazione dell'ambito di applicazione di tali disposizioni ai soli conferimenti aventi ad oggetto partecipazioni in società fiscalmente residenti in Italia;
- facilitare l'attuazione di processi riorganizzativi in cui le partecipazioni in società fiscalmente non residenti in Italia detenute da persone fisiche residenti sono conferite a favore di una società residente.

È altresì opportunamente precisato che, al fine di consentire la corretta applicazione del comma 2 (che, si ricorda, ha come presupposto applicativo l'acquisizione, da parte della conferitaria, del controllo di diritto della società scambiata e quindi presuppone che la società conferitaria disponga della maggioranza dei diritti di voto esercitabili nell'assemblea della società scambiata), è necessario che la società fiscalmente non residente le cui partecipazioni sono conferite, secondo le regole societarie estere, sia dotata di assemblea ordinaria.

Si osserva che, invece, non è stato incluso nell'ambito di applicazione soggettivo dei commi 2 e 2-bis dell'art. 177 il caso in cui è la società acquirente/conferitaria ad essere fiscalmente non residente nel territorio dello Stato. Si può argomentare che tale scelta derivi da motivi di cautela fiscale, considerando che i conferimenti di partecipazioni in una società fiscalmente non residente a favore di una conferitaria anch'essa non residente determinano il venir meno del potere impositivo dell'Italia sulle plusvalenze latenti relative alle partecipazioni conferite.

2.4. Si evidenzia che – aderendo alla menzionata posizione interpretativa dell'Agenzia delle Entrate (ris. n. 43/E/2017), che sostiene la necessaria identità di ambito di applicazione soggettivo dei commi 1 e 2 dell'art. 177 TUIR (posizione non condivisa dalla dottrina, che sottolinea che il comma 2 fa genericamente riferimento alla “società” conferitaria” mentre il comma 1 fa espresso rinvio ai soggetti di cui all'art. 73, comma 1, lett. a) e b) – permane l'esclusione delle società di persone dalla posizione di società conferitarie e dalla posizione di società scambiate, in quanto soggetti diversi da quelli menzionati dall'art. 73, comma 1, lett. a) e b), TUIR.

Al riguardo si segnala che tale esclusione dovrebbe permanere anche a seguito dell'inserimento, tra le società scambiate, delle società di cui all'art. 73, comma 1, lett. d), TUIR, tra le quali rientrano anche le società di persone fiscalmente non residenti. Ciò discende dal fatto che – ai fini del conferimento ex art. 177, comma 2, TUIR – con riferimento alla società scambiata deve essere configurabile una situazione di controllo ex art. 2359, comma 1, n. 1, c.c. e ciò è difficile che si

verificati per le società di persone, essendo esse di norma prive dell'assemblea ordinaria.

2.5. La nuova formulazione dell'art. 177 TUIR non reca alcuna novità in merito ai conferimenti di diritti parziari (nuda proprietà e usufrutto). Resta, quindi, ferma l'interpretazione che l'Agenzia delle Entrate ha fornito su questo aspetto.

Al riguardo si ricorda che secondo l'Agenzia delle Entrate (cfr., *ex multis*, Risposte a interpello nn. 147 e 290 del 2019 e n. 238 del 2021), a prescindere dall'acquisizione del controllo della società scambiata da parte della società conferitaria, sono esclusi dall'ambito applicativo dell'art. 177, comma 2, TUIR i conferimenti di diritti parziari (di usufrutto o di nuda proprietà priva del diritto di voto) su azioni o quote nelle seguenti situazioni:

- qualora non vi sia il contestuale conferimento, nell'ambito della medesima operazione, dei complementari diritti (rispettivamente, di nuda proprietà o di usufrutto) necessari ad attribuire alla conferitaria la piena proprietà delle partecipazioni della società scambiata, nel qual caso il regime di realizzo controllato non sarà applicabile ad alcuno dei conferenti; oppure
- qualora, nonostante vi sia tale contestuale conferimento, ai soggetti che conferiscono i diritti parziari non siano attribuite partecipazioni al capitale della società conferitaria bensì diritti parziari su tali partecipazioni analoghi a quelli oggetto di conferimento (*i.e.* ai conferenti la nuda proprietà sulle partecipazioni della società "scambiata" sia attribuita la nuda proprietà delle partecipazioni della conferitaria e ai conferenti il diritto di usufrutto sulle partecipazioni della società scambiata sia attribuito il diritto di usufrutto sulle partecipazioni della conferitaria), nel qual caso il regime di realizzo controllato sarà applicabile ai conferenti la nuda proprietà ma non ai conferenti il diritto di usufrutto, in quanto questi ultimi, a seguito del conferimento, non assumeranno la qualifica di soci della conferitaria.

In altre parole, secondo l'Agenzia delle Entrate il regime del realizzo controllato di cui al comma 2 dell'art. 177 TUIR:

- non è applicabile al conferimento dei soli diritti di usufrutto in quanto, nonostante esso possa consentire alla conferitaria di acquisire il controllo della società scambiata, tali diritti non rappresentano una partecipazione al capitale della società e il regime di realizzo controllato riguarda (vedasi la rubrica dell'art. 177 TUIR) gli "scambi di partecipazioni"; inoltre il conferimento di soli diritti di usufrutto, considerata la natura necessariamente temporanea dei medesimi, non determina in capo alla società conferitaria l'acquisizione stabile dei diritti di voto nell'assemblea della società scambiata;
- non è applicabile al conferimento dei soli diritti di nuda proprietà – per i quali, in assenza di deroga alla regola stabilita dall'art. 2352, comma 1, c.c., ai sensi del quale il diritto di voto spetta all'usufruttuario, non è prevista la spettanza del diritto di voto – in quanto esso non consente alla conferitaria di acquisire il controllo della società scambiata;

- non è applicabile – nel caso di contestuale conferimento dei diritti di nuda proprietà e dei corrispondenti diritti di usufrutto, con acquisizione, da parte della conferitaria, del controllo della società scambiata – ai conferenti i diritti di usufrutto se essi ricevono corrispondenti diritti sulle partecipazioni della conferitaria.

Al riguardo si sottolinea che ad avviso degli scriventi, per quanto concerne i conferimenti di diritti parziari, si sarebbe potuto intervenire per introdurre, previo mutamento della rubrica dell'art. 177 TUIR, la possibilità di fruizione del regime di realizzo controllato anche in caso di conferimento di diritti di usufrutto a fronte dei quali il conferente riceve diritti di analoga natura, se il conferitario acquisisce il controllo di diritto della società scambiata *ex art. 2359, comma 1, n. 1), c.c.* o incrementa la percentuale di controllo.

Infatti, tale modifica normativa:

- avrebbe valorizzato la finalità della disciplina contenuta nel comma 2 dell'art. 177 TUIR, che non regola le caratteristiche intrinseche dei conferimenti, limitandosi a specificare che, in conseguenza di questi ultimi, la società conferitaria deve acquisire il controllo di diritto – o aumentare la percentuale di controllo – della società scambiata;
- sarebbe risultata coerente con la circostanza che nell'ambito del TUIR vi sono altre disposizioni che assoggettano al medesimo regime fiscale i negozi giuridici traslativi della nuda proprietà o dell'usufrutto: l'art. 67 TUIR prevede che sia in caso di cessione della nuda proprietà di partecipazioni societarie sia in caso di cessione dell'usufrutto sulle medesime, l'operazione è soggetta alla normativa sui redditi diversi (*capital gain*) con le stesse regole di determinazione della plusvalenza che si applicano alla cessione della piena proprietà.

3. Il comma 2-*bis* dell'art. 177 TUIR – introdotto dall'art. 11-*bis* D.L. n. 34/2019, convertito con L. n. 58/2019 – ha esteso il regime di realizzo controllato anche alle operazioni attraverso le quali la società conferitaria non acquisisce il controllo di diritto della società scambiata né incrementa la percentuale di tale controllo, a condizione che ricorrano entrambe le seguenti condizioni:

- a) le partecipazioni oggetto di conferimento rappresentano, complessivamente, una percentuale di diritti di voto esercitabili nell'assemblea ordinaria superiore al 2 o al 20% oppure una partecipazione al capitale o al patrimonio superiore al 5 o al 25%, a seconda che si tratti di titoli negoziati in mercati regolamentati o di altre partecipazioni; per i conferimenti di partecipazioni detenute in società la cui attività consiste in via esclusiva o prevalente nell'assunzione di partecipazioni (società holding), tali percentuali vanno riferite a tutte le società operative indirettamente partecipate e si determinano, relativamente al conferente, tenendo conto della eventuale demoltiplicazione prodotta dalla catena partecipativa.
- b) le partecipazioni sono conferite in società, esistenti o di nuova costituzione, interamente partecipate dal conferente.

Si tratta di una previsione che consente al conferente di “convertire” una partecipazione “qualificata” (*i.e.* rappresentativa di una percentuale di diritti di voto esercitabili nell’assemblea ordinaria oppure di una partecipazione al capitale o al patrimonio superiori alle soglie indicate) detenuta direttamente in una analoga partecipazione “qualificata” detenuta indirettamente attraverso la conferitaria, il cui capitale è interamente detenuto dal conferente.

La finalità di questa disposizione normativa è favorire operazioni di riorganizzazione societaria, anche finalizzate al successivo passaggio generazionale, consentendo di attuare in regime di realizzo controllato conferimenti di partecipazioni che, non attribuendo alla conferitaria il controllo di diritto della società scambiata né incrementando la percentuale di tale controllo, sono esclusi dall’ambito di applicazione del comma 2 dell’art. 177 TUIR.

Tuttavia, la possibilità di accedere al regime di realizzo controllato di cui al comma 2-*bis* dell’art. 177 TUIR è subordinata alla sussistenza di condizioni eccessivamente stringenti – basti pensare al fatto che, nel caso di conferimento di partecipazioni in una società qualificabile come holding, le soglie percentuali indicate devono essere rispettate per tutte le società indirettamente partecipate che esercitano un’impresa commerciale, a prescindere dalla loro significatività, oppure al requisito di unipersonalità della conferitaria – che limitano eccessivamente la portata applicativa della norma, frustrandone in tal modo le finalità.

Per rendere meno stringenti tali condizioni l’art. 6, lett. f) della Delega Fiscale prevede che sia razionalizzata la disciplina dei conferimenti di partecipazioni, enunciando espressamente tra le fattispecie oggetto di intervento i conferimenti di partecipazioni in società holding.

In attuazione dei criteri direttivi della Delega Fiscale, lo Schema di Decreto modifica il comma 2-*bis* dell’art. 177 TUIR e introduce in tale articolo i commi 2-*ter* e 2-*quater*.

Gli interventi riguardano i seguenti temi:

- definizione di società che esercita attività esclusiva o prevalente di assunzione di partecipazioni (società holding);
- modifica dell’approccio “*look-through*” per la verifica del superamento delle soglie percentuali – in termini di diritti di voto o di partecipazione al capitale o al patrimonio – nel caso il conferimento abbia ad oggetto partecipazioni in società qualificabili come holding;
- superamento, in casi specifici, della condizione di unipersonalità della società conferitaria.

3.1. Come anticipato, ai sensi del comma 2-*bis* dell’art. 177 TUIR, se il conferimento ha per oggetto partecipazioni in una società che esercita, in via esclusiva o prevalente, l’attività di assunzione di partecipazioni (società holding) la verifica del superamento delle soglie percentuali indicate dalla norma (percentuale di diritti di voto o di partecipazione al patrimonio o al capitale rappresentata dalle partecipazioni conferite) deve essere effettuata per tutte le società indirettamente

partecipate che esercitano un'impresa commerciale, tenendo conto dell'eventuale demoltiplicazione prodotta dalla catena partecipativa.

Ciò premesso – in assenza, sul punto, di disposizioni normative – è emersa la necessità di individuare le società che, ai fini dell'applicazione della disposizione in commento, sono qualificabili come “holding” e ciò ha dato luogo a posizioni interpretative divergenti.

La questione è descritta nella relazione illustrativa allo Schema di Decreto, in cui si legge: *«Prima di tutto, partendo dal riferimento alle holding, si osserva che la nozione stessa di holding è oggetto di contrasti interpretativi. Infatti, da un lato, si sostiene, in modo pressoché unanime, che, poiché il comma 2-bis dell'articolo 177 del TUIR non contiene una specifica nozione di holding – facendo esso riferimento alle “società la cui attività consiste in via esclusiva o prevalente nell'assunzione di partecipazioni” – sembra d'obbligo rifarsi alla identificazione di tali società effettuata dall'articolo 162-bis del TUIR. Tale orientamento, secondo il quale occorre confrontare il valore contabile delle partecipazioni e degli altri elementi patrimoniali intercorrenti con le società partecipate con il valore contabile complessivo dell'attivo patrimoniale, è supportato dal fatto che la stessa relazione illustrativa al D. Lgs. n. 142/2018, che ha introdotto nel TUIR l'articolo 162-bis, ha riconosciuto che tale disposizione “per coerenza di sistema [...] si applica a tutte le disposizioni dell'ordinamento tributario che fanno riferimento a tali soggetti”. Diverso orientamento è quello secondo cui, ai fini dell'applicazione del comma 2-bis dell'articolo 177, per individuare i soggetti qualificabili come holding (rectius, “società la cui attività consiste in via esclusiva o prevalente nell'assunzione di partecipazioni”), occorre applicare il criterio previsto dall'articolo 87, comma 5, del TUIR al fine di verificare la sussistenza dei requisiti del regime di participation exemption. Pertanto, secondo questa interpretazione, per valutare se l'attività prevalente o esclusiva svolta dalla società le cui partecipazioni sono oggetto di conferimento sia un'attività di assunzione di partecipazioni, occorre confrontare, in termini di valori correnti, il valore di tutte le partecipazioni da questa detenute, con l'intero valore del suo attivo patrimoniale, non essendo applicabile il criterio previsto dall'articolo 162-bis, che prevede, come detto, il confronto tra il valore contabile delle partecipazioni e il valore contabile complessivo dell'attivo patrimoniale».*

Stante tale contrasto interpretativo, lo Schema di Decreto introduce nell'art. 177 il comma 2-ter, il quale – per individuare le società che, ai fini dell'applicazione della disposizione in commento, sono qualificabili come “holding” – rinvia:

- alla definizione di società di partecipazione finanziaria (i.e. società che esercitano, in via esclusiva o prevalente, l'attività di assunzione di partecipazioni in intermediari finanziari) contenuta nell'art. 162-bis, comma 1, lett. b), TUIR e chiarita dal comma 2 di tale articolo;
- alla definizione di società di partecipazione non finanziaria (i.e. società che esercitano, in via esclusiva o prevalente, l'attività di assunzione di partecipazioni

in soggetti diversi dagli intermediari finanziari) contenuta nell'art. 162-*bis*, comma 1, lett. c), n. 1), TUIR e chiarita dal comma 3 di tale articolo.

Come noto, i richiamati commi 2 e 3 dell'art. 162-*bis* TUIR statuiscono che:

- l'esercizio in via prevalente di attività di assunzione di partecipazioni in intermediari finanziari sussiste, quando, in base ai dati del bilancio approvato relativo all'ultimo esercizio chiuso, l'ammontare complessivo delle partecipazioni in detti intermediari finanziari e altri elementi patrimoniali intercorrenti con gli stessi, unitariamente considerati, inclusi gli impegni ad erogare fondi e le garanzie rilasciate, sia superiore al 50% del totale dell'attivo patrimoniale, inclusi gli impegni ad erogare fondi e le garanzie rilasciate;
- l'esercizio in via prevalente di attività di assunzione di partecipazioni in soggetti diversi dagli intermediari finanziari sussiste, 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% del totale dell'attivo patrimoniale.

Lo Schema di Decreto sceglie quindi di optare per la soluzione in base alla quale la prevalenza dell'attività di assunzione di partecipazioni deve essere verificata facendo riferimento ai valori contabili emergenti dall'attivo patrimoniale. Tale scelta deriva verosimilmente da esigenze di semplificazione e di certezza nell'applicazione della norma, in quanto una verifica fondata sui valori correnti avrebbe comportato maggiori costi nonché valutazioni connotate da una ineliminabile discrezionalità.

La relazione illustrativa contiene, sul tema, un ulteriore chiarimento concernente il bilancio da considerare ai fini della descritta verifica: si tratta del bilancio relativo all'ultimo esercizio chiuso prima dell'effettuazione del conferimento anche se tale bilancio viene approvato successivamente al conferimento stesso.

3.2. Come anticipato, quando oggetto di conferimento sono partecipazioni in una società qualificabile come holding, è posta una condizione eccessivamente stringente, che limita la portata applicativa della norma, precludendo, nella gran parte dei casi, la possibilità di fruire del regime di realizzo controllato: le soglie percentuali indicate devono essere rispettate per tutte le società indirettamente partecipate che esercitano un'impresa commerciale, a prescindere dalla loro significatività in termini di valore economico da esse rappresentato.

In altri termini, secondo la consolidata interpretazione dell'Agenzia delle Entrate, nel caso di conferimento di partecipazioni in una società qualificabile come holding, è sufficiente che quest'ultima detenga anche solo una partecipazione, di valore insignificante, al di sotto delle indicate soglie percentuali per precludere l'applicabilità del regime di realizzo controllato previsto dal comma 2-*bis* dell'art. 177 TUIR.

A titolo esemplificativo, si vedano i seguenti esempi.

Esempio 1

A detiene una partecipazione rappresentativa del 40% del capitale della società B (qualificabile come holding), che, a sua volta, detiene una partecipazione rappresentativa del 70% del capitale della società C (società operativa).

Se A conferisce la partecipazione in B è possibile applicare il regime di realizzo controllato previsto dal comma 2-bis dell'art. 177 TUIR in quanto, tenendo conto dell'effetto demoltiplicativo derivante dalla catena partecipativa, A detiene indirettamente (per il tramite di B) una partecipazione rappresentativa del 28% ($40\% \times 70\%$) del capitale di C.

Esempio 2

A detiene una partecipazione rappresentativa del 40% del capitale della società B (qualificabile come holding), che, a sua volta, detiene una partecipazione rappresentativa del 20% del capitale della società C (società operativa).

Se A conferisce la partecipazione in B non è possibile applicare il regime di realizzo controllato previsto dal comma 2-bis dell'art. 177 TUIR in quanto, tenendo conto dell'effetto demoltiplicativo derivante dalla catena partecipativa, A detiene indirettamente (per il tramite di B) una partecipazione rappresentativa del 8% ($40\% \times 20\%$) del capitale di C.

Ciò premesso, lo Schema di Decreto interviene su questo aspetto: il nuovo comma 2-ter dell'art. 177 TUIR dispone che, nel caso di conferimento di partecipazioni possedute in una società qualificabile come holding, le cui azioni non sono negoziate in mercati regolamentati, le percentuali indicate nel comma 2 «*devono sussistere per le partecipazioni da essa detenute direttamente, o indirettamente tramite società controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile anch'esse rientranti tra i soggetti indicati all'articolo 162-bis, comma 1, lettere b) o c) numero 1), il cui valore contabile complessivo è superiore alla metà del valore contabile totale delle partecipazioni da essa detenute direttamente, o indirettamente tramite le suddette società controllate. Ai fini della determinazione delle percentuali rappresentate dalle partecipazioni e della quantificazione del loro valore contabile si tiene conto della eventuale demoltiplicazione prodotta dalla catena partecipativa*».

La finalità dell'intervento normativo è chiaramente descritta nella relazione illustrativa, in cui si legge che «*al fine di superare le criticità esistenti si stabilisce che, nel caso di conferimento di partecipazioni in una società che è qualificabile come holding (rectius, come "società la cui attività consiste in via esclusiva o prevalente nell'assunzione di partecipazioni" ai sensi dell'articolo 162-bis del TUIR), il superamento della soglia minima percentuale deve essere verificato sia sulle società da essa direttamente partecipate sia sulle società da essa indirettamente partecipate, ma con le seguenti precisazioni:*

- *ai fini della verifica le partecipazioni detenute indirettamente dalla holding rilevano solo se sono detenute per il tramite di società da essa controllate che sono a loro volta qualificabili come holding (cd. sub-holding);*
- *ai fini dell'applicabilità del regime di realizzo controllato previsto dal comma 2-bis dell'articolo 177 è sufficiente che il superamento della soglia minima percentuale sia verificato per le partecipate che rappresentano più della metà del*

valore contabile delle partecipazioni oggetto di verifica, come sopra individuate, calcolato tenendo conto dell'eventuale effetto demoltiplicativo prodotto dalla catena partecipativa.

In altre parole, in linea generale, il test per la verifica del superamento delle soglie previsto dalla norma è limitato alle partecipate di primo livello non holding. Solo laddove la partecipata di primo livello sia, a sua volta, una holding controllata, occorre considerare anche le partecipate di primo livello di quest'ultima.

Tale scelta è coerente con il fatto che, nel caso in cui il soggetto conferisce una partecipazione direttamente detenuta in una società "non holding", l'art. 177, comma 2-bis, lett. a) subordina l'applicazione del regime di "realizzo controllato" alla condizione che la partecipazione oggetto di conferimento superi le soglie di qualificazione ivi previste, non essendo in alcun modo richiesto che dette soglie siano superate anche con riferimento alle società eventualmente partecipate dalla società conferita.

Sicché, al fine di assicurare un trattamento omogeneo anche all'ipotesi in cui il conferimento abbia ad oggetto una partecipazione detenuta in una holding, è ragionevole che il test delle percentuali di partecipazione riguardi solo le società di primo livello "non holding" a valle della holding conferita. Pertanto, per una maggiore coerenza sistematica della disciplina dei conferimenti di partecipazioni non di controllo, la modifica normativa circoscrive il test del superamento delle percentuali partecipative "alle partecipate di primo livello" che non siano a loro volta società holding, in modo da evitare che i conferimenti di partecipazioni in società operative detenute tramite società holding ricevano un trattamento indebitamente penalizzante rispetto alle ipotesi in cui le partecipazioni nelle predette società siano oggetto di conferimento diretto".

Tale intervento normativo deve essere accolto con estremo favore in quanto consente di superare una evidente irrazionalità dell'assetto vigente.

Infatti, occorre partire dall'assunto che la previsione di cui al comma 2-ter dell'art. 177 TUIR relativa alle società qualificabili come holding è finalizzata a evitare comportamenti elusivi diretti a fruire del regime di realizzo controllato in situazioni in cui esso, a causa dell'insufficiente "caratura percentuale" delle partecipazioni oggetto di conferimento, non sarebbe fruibile. In assenza della disposizione relativa alle holding sarebbe, infatti, possibile ottenere tale risultato conferendo, invece che le partecipazioni societarie nelle società operative che non superano le soglie minime percentuali indicate nel comma 2-bis dell'art. 177 TUIR, la partecipazione "sopra soglia" nella holding che detiene le medesime.

Coerentemente con tale finalità antielusiva, nel caso di conferimento di partecipazioni in una società qualificabile come holding, la modifica normativa interviene su un triplice piano:

- limita l'applicazione delle particolari disposizioni previste per le holding a quelle le cui azioni non sono negoziate in mercati regolamentati; da ciò deriva che, nel caso di conferimento di partecipazioni al capitale di una società le cui azioni sono negoziate in mercati regolamentati, la qualificabilità come holding

di tale società non avrà rilevanza e la verifica del superamento delle soglie percentuali previste dal comma 2-*bis* dell'art. 177 TUIR dovrà essere effettuata sulle partecipazioni al capitale della holding e non su quelle da quest'ultima detenute; ciò è coerente con la descritta finalità antielusiva della norma, in quanto non è immaginabile che, al fine di fruire indebitamente del regime di realizzo controllato previsto dal comma 2-*bis*, sia interposta nel conferimento una società quotata;

- richiede che la verifica del superamento delle soglie percentuali previste dal comma 2-*bis* sia effettuata per le partecipazioni detenute direttamente dalla holding e per quelle da essa detenute indirettamente per il tramite di una società controllata qualificabile a sua volta come holding (non rilevando, quindi, ai fini della verifica le partecipazioni detenute indirettamente tramite società controllate che non sono qualificabili come holding);
- non richiede più, ai fini dell'applicabilità del regime di realizzo controllato previsto dal comma 2-*bis* dell'art. 177 TUIR, che il superamento delle soglie percentuali indicate in tale comma sussista per tutte le società oggetto di verifica, essendo sufficiente che tale superamento sussista per le partecipazioni il cui valore contabile complessivo è superiore alla metà del valore contabile totale delle partecipazioni oggetto di verifica, con ciò evitando che la detenzione, da parte della holding, di partecipazioni "sotto soglia" di valore irrisorio precluda ingiustificatamente – mancando qualsiasi intento elusivo – l'applicazione del regime di realizzo controllato. Una scelta diversa avrebbe potuto essere quella di imporre di effettuare la verifica sulla base dei valori correnti delle partecipazioni; tale scelta, tuttavia, pur comportando l'adozione di un criterio maggiormente rappresentativo della rilevanza economica delle partecipazioni societarie detenute dalla holding, avrebbe comportato – oltre che un aggravio di costi, derivante dalla necessità di avvalersi di consulenti esterni per la valutazione delle partecipazioni – l'introduzione di elementi caratterizzati da soggettività (i valori correnti delle partecipazioni) e, conseguentemente, un potenziale contenzioso tra i contribuenti e l'Agenzia delle Entrate.

Pertanto, ad esempio, se una persona fisica conferisce la partecipazione rappresentativa del 100% del capitale della società A (holding), la quale a sua volta detiene una partecipazione rappresentativa del 30% del capitale della società B (società operativa) e quest'ultima detiene, a sua volta, una partecipazione rappresentativa del 20% del capitale della società C (società operativa) il conferimento potrà fruire del regime di realizzo controllato in quanto la partecipazione in B supera la soglia percentuale richiesta e la partecipazione in C, in quanto detenuta indirettamente tramite una società (B) non qualificabile come holding, non è oggetto di tale verifica. Diversamente, in base al regime vigente, nel caso descritto non è possibile fruire del regime di realizzo controllato dovendosi effettuare la verifica del superamento delle soglie percentuali anche in capo a C ed avendo tale verifica esito negativo (percentuale pari al 6% = 30% del 20%).

Per connessione di argomento, trattando di partecipazioni al capitale di società con azioni negoziate in mercati regolamentati, si osserva che qualora non siano tali partecipazioni ad essere conferite ma, invece, quelle al capitale della società, qualificabile come holding e non quotata, che le detiene: in tale caso non essendo le azioni della holding ad essere negoziate in un mercato regolamentato ma quelle della società da essa partecipata dovrà effettuarsi la verifica prevista dal comma 2-ter dell'art. 177 TUIR, accertando se, tenuto conto dell'effetto demoltiplicativo, sono superate le soglie percentuali previste, per le società quotate, dal comma 2-bis del medesimo art. 177 (2% dei diritti di voto o 5% del capitale).

3.3. È consolidato l'orientamento secondo cui l'applicabilità del regime di realizzo controllato previsto dal comma 2-bis dell'art. 177 TUIR è subordinata alla condizione che il capitale della società conferitaria sia integralmente detenuto dal solo conferente ("condizione di unipersonalità", per la quale si veda, *ex multis*, la Risposta a interpello n. 229 del 2020). La condizione di unipersonalità è fonte di significative limitazioni all'applicabilità della norma e, per questo motivo, è stata da più parti auspicata la sua eliminazione o, quantomeno, limitazione. Si pensi ad esempio:

- a due coniugi che possiedono entrambi "partecipazioni qualificate" della medesima società e che vogliono detenere tali partecipazioni indirettamente mediante una holding; per trasferire tali partecipazioni in regime di realizzo controllato essi devono conferire le medesime a distinte società holding unipersonali; la creazione di due diverse holding è, tuttavia, certamente meno funzionale, rispetto alla creazione di una unica "holding di famiglia", al successivo "passaggio generazionale": la concentrazione delle partecipazioni detenute dai due coniugi in un'unica holding consentirebbe, infatti, mediante le regole di governance di tale holding, di disciplinare la gestione delle partecipazioni da essa detenute, sia sotto il profilo del coordinamento delle società partecipate sia sotto quello dell'eventuale alienazione a terzi di tali partecipazioni (fatta salva la possibilità di realizzare successivamente la fusione delle due holding, che rischia però di essere censurata dall'Amministrazione Finanziaria sotto il profilo dell'abuso del diritto);
- a due coniugi che possiedono partecipazioni della medesima società che, singolarmente considerate, non sono "qualificate" ma lo diventano se considerate congiuntamente (senza però che il conferimento congiunto di tali partecipazioni determini l'acquisizione del controllo, da parte della conferitaria, della società scambiata; ad esempio ognuno dei coniugi detiene una partecipazione rappresentativa del 12% dei diritti di voto): in questo caso essi non possono fruire del regime di realizzo controllato previsto dal comma 2-bis dell'art. 177 TUIR né qualora conferiscano le proprie partecipazioni a distinte società, in quanto trattasi di "partecipazioni non qualificate", né qualora conferiscano le proprie partecipazioni alla medesima società, in quanto a seguito del conferimento il

capitale della conferitaria sarebbe detenuto dai due coniugi, non risultando così soddisfatta la “condizione di unipersonalità” della conferitaria stessa (in questo secondo caso essi non possono neppure fruire del regime di realizzo controllato previsto dal comma 2 dell’art. 177 TUIR in quanto il conferimento non determina l’acquisizione del controllo della società scambiata).

Diverso è il discorso da fare per quanto concerne le partecipazioni societarie detenute da più soggetti in regime di comproprietà indivisa, come ad esempio quelle detenute dagli eredi del socio defunto o quelle detenute da coniugi in regime di comunione dei beni. Infatti, secondo la massima I.M.1 del Comitato Interregionale dei Consigli Notarili del Triveneto *«nel caso in cui la partecipazione rappresentante l’intero capitale di una s.r.l. appartenga a più soggetti in un’unica comproprietà indivisa (ad esempio per subentro degli eredi del socio unico defunto), si ritiene opportuno applicare integralmente la normativa riferita alla “società unipersonale”. È infatti da rilevare che, ai sensi dell’art. 2468, comma 5, del Codice Civile, nel caso di comproprietà di una partecipazione, i diritti sociali non spettano “uti singuli” ai comproprietari, disgiuntamente tra loro, bensì congiuntamente al “gruppo”, che li può esercitare esclusivamente attraverso un rappresentante comune. Così, ad esempio, non ci saranno tanti diritti di intervento all’assemblea, tanti diritti di voto o tanti diritti di impugnativa quanti sono i comproprietari della partecipazione, ma un unico diritto di intervento, un unico diritto di voto e un unico diritto di impugnativa da esercitarsi dai comproprietari congiuntamente per il tramite del rappresentante comune»*. Pertanto, nel caso di una partecipazione societaria in regime di comproprietà indivisa si ritiene che:

- il conferimento di tale partecipazione non preclude il soddisfacimento della condizione di unipersonalità;
- ai fini della verifica del superamento delle soglie percentuali previste dal comma 2-bis dell’art. 177 TUIR occorrerà fare riferimento alla “caratura” complessiva della partecipazione.

Ciò premesso, lo Schema di Decreto – con la finalità di ridurre le limitazioni all’accesso al regime di realizzo controllato di cui al comma 2-bis dell’art. 177 TUIR create dalla condizione di unipersonalità – riformula il medesimo comma 2-bis, ponendo come condizione che le partecipazioni siano *«conferite in una società esistente o di nuova costituzione, partecipata unicamente dal conferente o, nel caso il conferente sia una persona fisica, dal conferente e dai suoi familiari di cui all’art. 5, comma 5»*.

Al riguardo nella relazione illustrativa si legge: *«Infine, nel caso di conferente persona fisica, è stato eliminato il requisito oggi esistente per l’applicazione del comma 2-bis dell’articolo 177 consistente nella unipersonalità della società conferitaria, prevedendo che, nel caso la conferitaria sia partecipata, oltre che dal conferente, da altri soggetti, l’applicabilità del regime di realizzo controllato è subordinata alla circostanza che questi siano familiari del conferente ai sensi dell’articolo 5, comma 5, TUIR. In tale caso resta comunque fermo che, ai fini dell’applicazione del regime di realizzo controllato previsto dal comma 2-bis, i*

singoli conferimenti devono avere ad oggetto partecipazioni pari o superiori alle soglie di qualificazione, non potendosi applicare tale regime quando le singole partecipazioni conferite dalle persone fisiche sono inferiori alle soglie di qualificazione e queste ultime sono superate solo computando congiuntamente le partecipazioni conferite».

Pertanto – nel caso di conferimenti di partecipazioni effettuati, a favore della medesima conferitaria, da più soggetti qualificabili come “familiari” ai sensi dell’art. 5, comma 5, TUIR – ai fini dell’applicazione del regime di realizzo controllato di cui al comma 2-bis dell’art. 177 TUIR:

- la condizione di unipersonalità della conferitaria non risulterà applicabile;
- la verifica del superamento delle soglie percentuali previste dal citato comma 2-bis dovrà essere effettuata con riferimento ad ogni conferente, non essendo possibile, ai fini di tale verifica, considerare le partecipazioni complessivamente conferite.

3.4. Si è visto che – anche a seguito dell’inserimento, tra le società scambiate, delle società fiscalmente non residenti – ai fini dell’applicazione del regime di realizzo controllato previsto dal comma 2 dell’art. 177 TUIR le società di persone fiscalmente non residenti nel territorio dello Stato continuano a non essere incluse tra le società scambiate, non potendosi configurare per esse una situazione di controllo *ex art.* 2359, comma 1, n. 1 c.c. (essendo le società di persone di norma prive dell’assemblea ordinaria).

Diverso è il discorso ai fini dell’applicazione del regime di realizzo controllato previsto dal comma 2-bis dell’art. 177 TUIR: in tal caso – poiché le soglie di “qualificazione” sono espresse alternativamente in termini di percentuali di diritti di voto esercitabili nell’assemblea ordinaria o di percentuale di partecipazione al capitale o al patrimonio – l’inclusione, tra le società scambiate, delle società fiscalmente non residenti potrà far assumere la posizione di società scambiate alle società di diritto estero equivalenti alle società di persone nel caso di conferimenti di partecipazioni rappresentative di oltre il 25% del loro capitale o patrimonio.

4. Gli interventi attuati dallo schema di decreto legislativo sono da valutare positivamente in quanto raggiungono un duplice obiettivo.

Da un lato, recano previsioni destinate a superare profili di incompatibilità con le libertà fondamentali del diritto comunitario o contrasti tra normativa domestica e direttive comunitarie. Il riferimento è, rispettivamente, alla norma che estende ai conferimenti aventi a oggetto partecipazioni in società non residenti la possibilità di fruire del regime di “realizzo controllato” (art. 177, comma 2, TUIR) e a quella che consente di applicare il medesimo regime anche ai conferimenti in entità conferitarie che già detengono la maggioranza dei diritti di voti nella società scambiata (art. 178, comma 1, lett. e), TUIR).

Dall'altro lato, gli interventi sono destinati, essenzialmente, a razionalizzare e semplificare la disciplina dei conferimenti di partecipazioni qualificate di minoranza recata dal comma 2-*bis* dell'art. 177.

Le modifiche al riguardo previste dallo schema di decreto delegato, in coerenza con i criteri direttivi della legge delega, superano alcune criticità che caratterizzano i conferimenti di partecipazioni detenute in società holding, precisando la nozione stessa di holding, mediante il rinvio all'art. 162-*bis* TUIR, e semplificando in modo significativo il funzionamento applicativo del cosiddetto approccio *look through* limitandolo, in linea generale, alle sole società di primo livello a valle della holding conferita. Così operando, si rende senza dubbio più agevole l'applicazione del predetto comma 2-*bis* e del relativo regime di neutralità indotta, applicazione che attualmente, nella gran parte dei casi, è invece resa di fatto impossibile dalla verifica del superamento della percentuale "qualificata" - tenendo conto della demoltiplicazione prodotta dalla catena partecipativa - da effettuare con riferimento a tutte le partecipazioni detenute, direttamente o indirettamente, dalla società holding.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

ALBANO G., *Regime del "realizzo controllato": due distinte discipline con differenti presupposti e ambiti di applicazione*, in *il fisco*, 2020, 40, 4817 ss.

ALBANO G., *Lo scambio di partecipazioni mediante conferimento – la natura dei soggetti coinvolti*, in *La gestione straordinaria delle imprese*, 2017, 3, 41 ss.

ASCOLI G. - BROCCHI S., *"Realizzo controllato" in caso di conferimento di partecipazioni in società esterovestita*, in *il fisco*, 2023, 5, 459 ss.

CACCIAPAGLIA L. - MERCURIO G., *Il conferimento di partecipazioni inciampa sull'usufrutto*, in *Società e Contratti, Bilancio e Revisione*, 2022, 10, 103 ss.

CEPELLINI P. - LUGANO L., *Profili critici dei conferimenti di partecipazioni: requisiti PEX, minusvalenze, apporti multipli*, in *Corr. trib.*, 2020, 12, 1039 ss.

CEPELLINI P. - LUGANO L., *Il conferimento di partecipazioni di minoranza: aspetti applicativi e profili abusivi*, in *Corr. trib.*, 2020, 4, 341 ss.

COMMITTERI G.M., *Conferimento di partecipazioni: "realizzo controllato" anche se la minusvalenza non si deduce*, in *il fisco*, 2024, 1, 16 ss.

COMMITTERI G.M. - DODERO A., *Molte le novità attese per la disciplina del conferimento di aziende e partecipazioni*, in *il fisco*, 2023, 38, 3574 ss.

COMMITTERI G.M. - DODERO A., *Conferimenti di partecipazioni non di controllo: criticità e prospettive di riforma*, in *il fisco*, 2023, 32/33, 3073 ss.

COMMITTERI G.M. - CERRAI A., *Conferimenti di partecipazioni: questioni aperte sull'accesso al regime di neutralità*, in *il fisco*, 2023, 9, 829 ss.

COMMITTERI G.M. - SPERATI A., *Partecipazioni in comunione legale dei beni: attribuzione dei redditi, rivalutazione e conferimento*, in *il fisco*, 2023, 1, 15 ss.

COMMITTERI G.M. - MIELE L., *Condizioni stringenti per l'accesso al realizzo controllato*, in *Eutekne.info - Il Quotidiano del Commercialista*, 24 gennaio 2023

CONTRINO A., *Le novità della Legge delega fiscale per le operazioni straordinarie*, in TOMASSINI A. (a cura di), *Riforma fiscale*, Milano, 2023

DI DIO A. - DI SIENA M., *I conferimenti e gli scambi di partecipazioni (artt. 175 e 177 TUIR)*, in DELLA VALLE E. - MARINI G. - MIELE L., (a cura di), *La fiscalità delle operazioni straordinarie*, Milano 2018

FONDAZIONE NAZIONALE DEI COMMERCIALISTI, *Documento di ricerca Il conferimento di partecipazioni "a realizzo controllato": prospettive di riforma*, 18 ottobre 2023

FIorentino A. - SCARIONI P., *Nel realizzo controllato le holding non sono qualificabili con criteri PEX*, in *Il Sole 24 Ore*, 22 febbraio 2022

FREDIANI A. - SISI V. - D'ALESSANDRO F., *Conferimento di partecipazioni a favore di società di persone: profili critici dell'ambito soggettivo*, in *il fisco*, 2023, 13, 1220 ss.

LEO M., *Le imposte sui redditi nel testo unico*, Milano, 2022

MARANI M., *Società di persone da includere nel "realizzo controllato"*, in *Eutekne.info - Il Quotidiano del Commercialista*, 4 maggio 2017

MICHELUTTI R. - IASCONI E., *Scambio di partecipazioni tramite conferimento: tra realizzo controllato e valore normale*, in *Corr. trib.*, 2020, 12, 1049 ss.

MICHELUTTI R. - ZECCA F., *Discriminati i conferimenti di partecipazioni in società commerciali detenute tramite holding*, in *dirittobancario.it*, 5 febbraio 2021

MICHELUTTI R. - ZECCA F., *Favoriti i conferimenti da parte dei non imprenditori*, in *Il Sole 24 Ore*, 23 luglio 2019

MICHELUTTI R. - ZECCA F., *Conferimenti di partecipazioni qualificate ammessi al regime fiscale di realizzo controllato solo in caso di conferitaria unipersonale: questioni risolte e temi aperti*, in *dirittobancario.it*, 18 settembre 2020

MIELE L., *Revisione in vista per i conferimenti di partecipazioni detenute in società holding*, in *La gestione straordinaria delle imprese*, 2023, 2, 84 ss.

MIELE L. *Razionalizzazione di conferimenti e scambi di partecipazioni con criterio ampio*, in *Eutekne.info - Il Quotidiano del Commercialista*, 15 marzo 2023

MIELE L. *Società di partecipazione finanziaria e holding industriali: test di prevalenza*, in *La gestione straordinaria delle imprese*, 2022, 1, 34 ss.

MIELE L., *La disciplina dei conferimenti di minoranza qualificati: criticità*, in *La gestione straordinaria delle imprese*, 2020, 4, 27 ss.

MIELE L., *In via di recepimento la direttiva su operazioni straordinarie transfrontaliere*, in *Corr. trib.*, 2007, 34, 2751 ss.

NOBILI F., *Sul realizzo controllato penalizzate holding e società plurifamiliari*, in *Il Sole 24 Ore*, 10 maggio 2021

PAPOTTI R.A. - BASI A. - KOLA R., *I conferimenti di partecipazioni minusvalenti: riflessioni alla luce dei recenti chiarimenti dell’Agenzia delle Entrate*, in *Riv. tel. dir. trib.*, 22 febbraio 2024

PIAZZA M., *Conferimenti di partecipazioni in “realizzo controllato” e abuso del diritto*, in *dirittobancario.it*, 23 ottobre 2020

PRAMPOLINI A. - CANOLA D., *Il nuovo conferimento a realizzo controllato di partecipazioni di minoranza qualificata*, in *Boll. trib.*, 2019, 20, 1459 ss.

ROSSI L. - PRIVITERA A., *“I conferimenti di partecipazioni di minoranza nell’art. 177 del TUIR”*, in *dirittobancario.it*, 1° dicembre 2020

SCARIONI P. - MIELE L., *La problematica individuazione delle holding industriali ai fini IRES e IRAP*, in *Corr. trib.*, 2021, 5, 422 ss.