

Risposta n. 341

OGGETTO: *Abuso del diritto - Costituzione di una newco seguita dalla cessione a newco delle quote previamente rivalutate e dalla fusione inversa. - Articoli 2, comma 2, del decreto-legge 24 dicembre 2002, n. 282 e s.m., 47 comma 7 del TUIR - Articolo 10-bis della legge 27 luglio 2000, n. 212*

Con l'interpello specificato in oggetto è stato esposto il seguente

QUESITO

Gli istanti signori “ALFA”, “BETA”, “GAMMA”, “DELTA”, “EPSILON” e “ZETA”, soci di “ETA S.r.l.” (di seguito, “ETA”) chiedono, ai sensi dell'articolo 11, comma 1, lett. c), della legge 27 luglio 2000, n. 212, il parere preventivo dell'amministrazione finanziaria in merito agli eventuali profili di abuso del diritto – con riferimento al comparto delle imposte sui redditi – del progetto di riorganizzazione societaria di seguito descritto.

Gli istanti rappresentano che i fratelli “ALFA” ed “EPSILON”, in data 28 novembre 1977, avevano costituito una società di persone denominata “ETA di ALFA ed EPSILON S.n.c.” (di seguito, “ETA SNC”) per lo svolgimento dell'attività di produzione e commercializzazione di attrezzature per bar e locali pubblici in genere, con particolare riferimento a macinacaffè, frullatori e altre apparecchiature elettriche con il marchio “Eta”; la relativa compagine sociale era composta dai predetti fratelli (“ALFA” ed “EPSILON”), ciascuno dei quali deteneva (e detiene tuttora) una percentuale di partecipazione pari al 50% del relativo capitale sociale.

A seguito del consistente incremento delle dimensioni aziendali, in data 31 ottobre 2001, è stata costituita la società “ETA” per lo svolgimento della medesima attività della suddetta società di persone (“ETA SNC”), con la quale è stato stipulato un contratto di affitto d’azienda, rinnovato a ogni scadenza. Per mantenere l’equilibrio tra le due famiglie di riferimento, i soci fondatori (“ALFA” ed “EPSILON”) avevano previsto una suddivisione paritetica del capitale sociale (di complessivi euro 50.000).

La compagine sociale di “ETA” risulta, anche attualmente, costituita:

1. dalla famiglia di “ALFA”, che detiene complessivamente quote per nominali euro 25.000 (pari al 50% del relativo capitale sociale), e, in particolare, da “ALFA” (padre) con una percentuale del 30%, da “BETA” (madre) con una percentuale del 8%, da “GAMMA” (figlia) con una percentuale del 10% e da “DELTA” (marito di “GAMMA”) con una percentuale del 2%;
2. dalla famiglia di “EPSILON”, che detiene complessivamente quote per nominali euro 25.000 (pari al restante 50% del capitale sociale) e, in particolare, da “EPSILON” (padre) con una percentuale del 32,5% e da “ZETA” (figlio) con una percentuale del 17,5%.

Nel corso degli anni, i soci fondatori (soci di “*prima generazione*”) avevano più volte manifestato la volontà di ritirarsi dalla carica di amministratore e, in genere, da ogni impegno lavorativo connesso all’attività aziendale di “ETA”, indicando nei rispettivi figli (già soci) le persone titolate a ricoprire le predette cariche.

Tuttavia, i soci “GAMMA” e “ZETA” (soci di “*seconda generazione*”) avevano, inizialmente, rinunciato a ricoprire la carica di amministratore, in quanto avrebbero dovuto rendere conto ai rispettivi genitori e non avrebbero avuto la libertà e l’autonomia gestionale necessaria per condurre la società secondo i propri convincimenti.

Dal 2015 il fatturato di “ETA”, inoltre, ha subito un costante decremento (circa il 10% annuo per un totale complessivo, negli ultimi tre anni, del 27%) con

conseguente riduzione degli utili d'esercizio (quasi il 60% in tre anni). La flessione del fatturato rifletterebbe, secondo i soci di "*prima generazione*", l'andamento del mercato in cui opera la società, ritenuto ormai saturo. Viceversa, i soci di "*seconda generazione*", pur riconoscendo una generale contrazione del mercato, osservano che le primarie aziende del settore, dopo un periodo iniziale di flessione, hanno superato la crisi temporanea con incrementi del fatturato e degli utili.

Per i soci "GAMMA" e "ZETA" risulterebbe di fondamentale importanza strutturare l'ufficio commerciale, attualmente composto da un solo addetto, nonché l'ufficio tecnico, anch'esso composto dalla sola persona di "ZETA", e soprattutto incaricare una società specializzata per lo studio del mercato e per la corretta valutazione del posizionamento dei propri prodotti all'interno del mercato medesimo. I predetti soci avrebbero individuato anche delle strategie imprenditoriali per diversificare i propri prodotti e accedere a nuovi mercati fino a ora mai considerati dai soci fondatori, quali quelli delle apparecchiature per la grande distribuzione.

Sono, pertanto, emerse delle divergenze di vedute circa la gestione di "ETA" tra i soci di "*prima generazione*" e quelli di "*seconda generazione*".

Nel corso dell'assemblea dei soci tenutasi in data 5 settembre "ALFA" ed "EPSILON" si sono resi disponibili a cedere la totalità delle quote in loro possesso, garantendo la prosecuzione del contratto di affitto d'azienda tra "ETA SNC" ed "ETA"; a fronte della fuoriuscita dalla compagine sociale di "ETA" dei soci di "*prima generazione*", i soci "GAMMA" e "ZETA" si sono resi disponibili ad accettare l'incarico di amministratore.

Al fine di poter raggiungere il pianificato passaggio generazionale e gestionale, gli attuali soci di "ETA" hanno intenzione di porre in essere le seguenti operazioni:

1. i soci di "*seconda generazione*" ("GAMMA" e "ZETA") costituirebbero una nuova società di capitali (di seguito, NEWCO), pariteticamente partecipata (50% ciascuno);

2. gli altri soci (diversi da “GAMMA” e “ZETA”) cederebbero le rispettive quote di partecipazione in “ETA” alla suddetta società (NEWCO), previa rivalutazione delle stesse ai sensi dell’articolo 1, comma 1054, della legge 30 dicembre 2018, n. 145;
3. verrebbero rinnovati il contratto di affitto d’azienda ed il contratto di locazione dei fabbricati industriali tra “ETA SNC” e “ETA”;
4. NEWCO acquisterebbe, successivamente, il 7,5% delle quote di “ETA” detenute da “ZETA”, cosicché i soci di “*seconda generazione*” deterrebbero, in questa fase, ciascuno il 10% del capitale sociale di “ETA” (e, al termine delle operazioni prospettate, il 50% del capitale sociale della stessa);
5. NEWCO verrebbe incorporata da “ETA” mediante un’operazione di fusione inversa.

Gli istanti precisano, ulteriormente, che:

- non sussiste attualmente alcun intendimento dei signori “EPSILON” e “ALFA” “*volto a modificare l’attuale svolgimento delle attività condotte dalla “ETA SNC”, né a procedere ad alcuna forma di disinvestimento relativamente a detta società*”;
- il valore del patrimonio netto indicato nel bilancio relativo all’esercizio chiuso il 31 dicembre 2018 (euro 9.525.835) “*è rappresentativo dell’effettivo patrimonio di “ETA”*”;
- la società veicolo sarà costituita nella forma giuridica di società a responsabilità limitata “*dotata di un capitale di euro 10.000*”; il relativo statuto, che “*non è stato ancora predisposto*”, non conterrà clausole “*che attribuiscono particolari diritti patrimoniali e/o amministrativi ai soci*”, trattandosi di una società che sarà destinata a confluire (mediante fusione) in “ETA”, “*di cui assumerà lo statuto attualmente vigente*”;
- con riferimento al socio “ZETA”, “*allo stato attuale non è stata presa in considerazione la prospettiva di procedere alla rivalutazione delle sue quote prima della cessione di una parte (7,5%) delle stesse*”;

- i soci “ZETA” e “GAMMA” *“non dispongono né delle risorse proprie, né della capacità di credito necessaria ad ottenere da terzi le fonti di finanziamento necessarie all’operazione d’acquisto”*, per cui le risorse necessarie a ripagare il debito contratto per l’acquisto delle partecipazioni saranno attinte dalla società acquistata (“ETA”); tale procedimento è valutato, altresì, dai soci uscenti *“come la sola via compatibile con le proprie personali esigenze ed aspettative, anche alla luce del fatto che non si sono reperiti sul mercato soggetti terzi disponibili all’acquisto delle quote dagli stessi detenute”*;
- allo stato attuale, *“è in previsione un pagamento immediato (i.e. entro trenta giorni dal perfezionamento della prospettata fusione) in misura non superiore al 50% del corrispettivo che verrà pattuito”*; per la restante parte, *“i soci di seconda generazione si sono resi disponibili a discutere – nell’ambito delle proprie disponibilità – il rilascio delle garanzie che verranno richieste”*;
- una volta completata la riorganizzazione societaria prospettata i soci uscenti *“non saranno coinvolti in alcun modo nella gestione della società “ETA”*”;
- non sussiste alcuna intenzione di porre in essere, nel breve/medio termine, operazioni straordinarie che coinvolgano (anche contestualmente) le due società “ETA” e “ETA SNC”.

SOLUZIONE PROSPETTATA DAL CONTRIBUENTE

Gli istanti ritengono che il complesso delle operazioni illustrate non configuri una fattispecie di abuso del diritto, ai sensi dell’articolo 10-*bis* della legge n. 212 del 2000 per i motivi che seguono.

In primo luogo, gli strumenti negoziali che si intendono utilizzare sono, a parere degli istanti, del tutto coerenti con lo scopo di preservare la continuità aziendale attraverso il passaggio generazionale. In particolare, lo strumento

giuridico della cessione delle partecipazioni, da parte dei soci fondatori e di quelli che non intendono proseguire l'attività imprenditoriale, a una società di nuova costituzione facente capo ai soci di seconda generazione appare, stante la carenza di liquidità e l'impossibilità di ottenere linee di finanziamento adeguate all'acquisto delle (partecipazioni) medesime, la modalità fisiologica offerta dal sistema assolutamente coerente con il raggiungimento del risultato desiderato. Inoltre, la successiva fusione per incorporazione rappresenterebbe una naturale e necessaria operazione per ottenere l'obiettivo prefissato.

Gli istanti rilevano che l'operazione alternativa rispetto a quella prospettata, stante la liquidità della società, potrebbe concretizzarsi nel recesso da parte dei predetti soci, applicando la tassazione ordinaria alle somme ad essi attribuite al netto del costo fiscale delle partecipazioni non rivalutate. Tuttavia, viene evidenziato come la cessione di una partecipazione costituisca un atto negoziale tra due soggetti liberi di porlo in essere, mentre il recesso del socio può essere attuato soltanto in presenza dei presupposti previsti dall'articolo 2473 del codice civile e dallo statuto, che nel caso in esame non sarebbero soddisfatti.

Peraltro, gli interpellanti ricordano che la prima modalità indicata dal codice civile per la liquidazione della quota del socio recedente debba essere proprio l'acquisizione delle sue partecipazioni da parte degli altri soci oppure da un terzo.

Poiché il recesso non costituisce un'operazione perfettamente sovrapponibile rispetto alla soluzione individuata, riconoscere un profilo di elusività all'operazione in esame significherebbe, secondo gli istanti, accettare che il contribuente debba seguire sempre la scelta fiscale più onerosa.

In secondo luogo, con specifico riferimento all'esistenza di riserve di utili nel patrimonio netto di "ETA", le cui quote detenute dai soci diversi da "GAMMA" e "ZETA" saranno oggetto di rivalutazione e successiva cessione, il presunto vantaggio fiscale in capo ai soci cedenti non si differenzerebbe, secondo gli interpellanti, dal vantaggio fiscale conseguibile da un soggetto che, previa rivalutazione del relativo costo fiscale, cedesse a terzi la partecipazione

detenuta in una società priva di riserve, ma caratterizzata da un significativo avviamento e il cui patrimonio comprendesse beni contraddistinti da ingenti plusvalori latenti. Il risparmio fiscale che sarebbe conseguito attraverso il pagamento dell'imposta sostitutiva, nella prospettiva di risparmiare le imposte ordinarie in occasione di una futura cessione non può, quindi, essere qualificato come "indebito".

Nel caso di specie, dunque, la circostanza che i soci fondatori e quelli che non intendono proseguire l'attività d'impresa procedano alla rivalutazione delle quote, unitamente al fatto che il pagamento dei soci uscenti sia effettuato con le disponibilità liquide della società, non può essere considerata volta al realizzo di indebiti vantaggi fiscali.

Viene, inoltre, rilevato che la riorganizzazione nel suo complesso non può essere considerata "circolare", in quanto la situazione societaria sarebbe, al termine delle operazioni descritte, radicalmente mutata.

Gli istanti evidenziano, infine, che si è in presenza di ragioni extrafiscali non marginali, in quanto lo scopo principale perseguito è rappresentato dal passaggio generazionale e di gestione operativa di "ETA". Altra rilevante ragione extrafiscale è connessa alle possibili conseguenze che potrebbero manifestarsi in caso di premorienza di "ALFA" e, seppure in misura ridotta, della moglie "BETA", tenuto conto che i coniugi, oltre alla figlia "GAMMA", hanno un'altra figlia ("THETA", 45 anni) dichiarata interdetta. La potenziale ingerenza di un giudice tutelare (o addirittura del tribunale) è percepita da tutti i soci come un'eventualità da evitare poiché rischierebbe di rendere molto più macchinosa e difficile la gestione di "ETA".

PARERE DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE

Per le ragioni che si andranno a esporre, si ritiene che la riorganizzazione societaria prospettata costituisca una fattispecie di abuso del diritto ai sensi dell'articolo 10-*bis* della legge 27 luglio 2000, n. 212.

Si rappresenta, innanzitutto che, per richiedere il parere dell’Agenzia delle entrate in ordine alla abusività di una determinata operazione o fattispecie, le istanze di interpello, come specificato con la circolare n. 9/E del 1° aprile 2016, debbono - fra l’altro - indicare:

- il settore impositivo rispetto al quale l'operazione pone il dubbio applicativo;
- le puntuali norme di riferimento, comprese quelle passibili di una contestazione in termini di abuso del diritto con riferimento all’operazione rappresentata.

In relazione al comparto delle imposte dirette, per il quale gli istanti hanno richiesto il parere della scrivente Agenzia, si osserva quanto segue.

In via preliminare, si evidenzia che esula dall’analisi della Scrivente la corretta determinazione e quantificazione delle poste contabili e dei valori fiscali ed economici indicati in istanza e nei vari allegati prodotti dal contribuente, per i quali rimangono fermi i poteri di controllo dell’amministrazione finanziaria.

Innanzitutto, si rileva che la riorganizzazione descritta nell’istanza ha come unico e dichiarato fine quello di concentrare la proprietà (e la gestione) di “ETA” nelle mani dei signori “ZETA” e “GAMMA” (attualmente soci di minoranza e figli, rispettivamente, dei soci fondatori “EPSILON” e “ALFA”), consentendo, nel contempo, ai restanti soci (“ALFA”, “BETA”, “DELTA” e “EPSILON”), non più interessati a continuare l’attività imprenditoriale, di fuoriuscire definitivamente dalla compagine della predetta società.

Per poter raggiungere il suddetto obiettivo economico, gli istanti prospettano le seguenti operazioni:

- 1) la costituzione, con capitale sociale di euro 10.000, di una società a responsabilità limitata (NEWCO), a cui parteciperanno, in egual misura, i due figli di “EPSILON” e “ALFA” (“ZETA” e “GAMMA”);
- 2) la cessione a NEWCO, previa rivalutazione, delle partecipazioni di “ETA” detenute dai soci diversi da “ZETA” e “GAMMA”;
- 3) la cessione (in assenza di rivalutazione) a NEWCO di una parte (7,5%) delle partecipazioni di “ETA” detenute da “ZETA”;

4) la fusione per incorporazione inversa di NEWCO nella controllata “ETA”, che sarà partecipata, all’esito della predetta operazione, unicamente dai soci “ZETA” e “GAMMA” (ciascuno con una percentuale del 50%).

In termini generali, si osserva che, in caso di recesso cd. “*tipico*”, attuato cioè tramite l’annullamento e il rimborso della partecipazione detenuta (in proporzione del patrimonio sociale e tenuto conto del valore di mercato al momento della dichiarazione di recesso, ai sensi dell’articolo 2473 del Codice civile), le somme ricevute dal socio recedente, per la parte eccedente il costo fiscalmente riconosciuto della partecipazione medesima, costituiscono utile, rientrando tra le fattispecie che danno luogo a redditi di capitale.

Nell’ipotesi, invece, di recesso cd. “*atipico*”, che si attua mediante la cessione a titolo oneroso della partecipazione agli altri soci ovvero a soggetti terzi estranei alla compagine sociale, le somme ricevute dal socio rientrano tra i redditi diversi di natura finanziaria (*capital gain*).

Inoltre, come chiarito dalla circolare n. 16/E del 22 aprile 2005, il valore delle partecipazioni “rideterminato” con le modalità indicate dall’articolo 2, comma 2, del decreto legge 24 dicembre 2002, n. 282 (da ultimo modificato dall’articolo 1, commi 1053 e 1054, della legge 30 dicembre 2018, n. 145), è utilizzabile in occasione del recesso atipico, mentre non può essere utilizzato in caso di recesso tipico, “*in quanto le somme o il valore normale dei beni ricevuti dai soci costituiscono utile per la parte che eccede il prezzo pagato per l’acquisto o la sottoscrizione delle azioni o quote annullate*”.

Ciò posto in termini generali, con riguardo al caso di specie, il recesso tipico dei soci intenzionati a fuoriuscire dalla compagine sociale di “ETA” non avrebbe potuto beneficiare della rideterminazione delle partecipazioni di cui all’articolo 1, commi 1053 e 1054, della legge n. 145 del 2018. Ebbene, grazie all’articolata serie di operazioni prospettata, i soci recedenti si precostituiscono le condizioni per porre in essere un recesso c.d. atipico idoneo a far conseguire loro un vantaggio fiscale.

Tale vantaggio fiscale è rinvenibile nel risparmio d'imposta derivante dall'assolvimento di un'imposta sostitutiva sul valore di perizia delle partecipazioni in luogo della ritenuta a titolo d'imposta del 26% prevista ordinariamente sui redditi di capitale.

Il vantaggio fiscale è da considerarsi indebito in quanto conseguito in aggiramento delle disposizioni tributarie in materia di recesso tipico direttamente applicabili, per le quali, come si è detto, non assume alcuna rilevanza la rivalutazione ai fini fiscali delle quote di partecipazioni possedute.

Per quanto riguarda gli ulteriori elementi che concorrono a costituire la fattispecie dell'abuso del diritto, si deve rilevare che l'articolata serie di operazioni prospettate - ossia, la cessione delle partecipazioni, previamente rivalutate, da parte dei soci intenzionati a uscire dalla compagine sociale della società ceduta a un veicolo societario partecipato unicamente dai soci intenzionati a restare e la susseguente incorporazione del veicolo, dopo l'acquisto delle predette partecipazioni, da parte della stessa società ceduta - appare priva di sostanza economica, in quanto inidonea a produrre effetti significativi diversi dai descritti vantaggi fiscali.

Infatti, ferma restando l'insindacabilità in un'ottica anti-abuso dell'obiettivo economico perseguito consistente nel concentrare la proprietà di "ETA" nelle mani dei signori "ZETA" e "GAMMA" (attualmente soci di minoranza della stessa società), il predetto obiettivo economico potrebbe essere direttamente raggiunto mediante il recesso tipico dei suddetti soci, previamente concordato con gli altri soci.

Il disegno prospettato comporta perciò un numero superfluo di negozi giuridici, il cui perfezionamento non è coerente con le normali logiche di mercato, ma appare idoneo unicamente a far conseguire un vantaggio fiscale indebito ai soci che non intendono proseguire l'attività d'impresa.

Il suddetto vantaggio fiscale indebito risulta, altresì, essenziale perché la specifica sequenza di operazioni che gli istanti intenderebbero porre in essere non

risulta diretta al soddisfacimento di un interesse economico diverso da quello del perseguimento del vantaggio fiscale stesso.

Nella sequenza delle operazioni rappresentate, infatti, non si ravvede altro “vantaggio” se non quello rappresentato dal risparmio fiscale in capo ai soci persone fisiche che cedono le partecipazioni previamente rivalutate.

Si evidenzia, infine, che, nel caso di specie, non sono rinvenibili valide “*ragioni extrafiscali non marginali*”, anche di ordine organizzativo o gestionale, che giustifichino l’insieme dei negozi giuridici prospettati, ai sensi del comma 3 del citato articolo 10-*bis* delle legge n. 212 del 2000. La descritta riorganizzazione, per escludere l’esistenza di una fattispecie di abuso del diritto, deve superare un vaglio di “*non marginalità*” delle ragioni extrafiscali, che si ritiene sussistere solo quando le operazioni rappresentate non sarebbero state poste in essere in assenza di tali ragioni.

Al riguardo, gli istanti rappresentano che le operazioni prospettate sono finalizzate al “*passaggio generazionale e di gestione operativa*” di “ETA” dai soci di “*prima generazione*” (“EPSILON” e “ALFA”) ai soci di “*seconda generazione*” (“ZETA” e “GAMMA”).

Tuttavia, in relazione a tale fine, come si è detto non si ritiene motivata l’idoneità della scelta dell’articolata serie di operazioni prospettate rispetto all’obiettivo economico che si intende perseguire. L’intero disegno risponde più fondatamente all’obiettivo personalistico dei soci “uscenti” di “ETA” consistente nell’abbattimento del rispettivo carico tributario.

Il presente parere viene reso sulla base degli elementi e dei documenti presentati, assunti acriticamente così come illustrati nell’istanza di interpello, nel presupposto della loro veridicità e concreta attuazione del contenuto.

IL DIRETTORE CENTRALE

Firmato digitalmente