

Risposta n. 867/2021

OGGETTO: Articolo 11, comma 1, lett.b), legge 27 luglio 2000, n.212. Articolo 113, comma 5, del TUIR. Disapplicabilità del regime di cui all'articolo 87 del Tuir con riferimento agli strumenti finanziari partecipativi emessi.

Con l'istanza di interpello specificata in oggetto, e' stato esposto il seguente

QUESITO

ALFA ha chiesto, ai sensi dell'articolo 113, comma 5, del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 ("TUIR") che, con riferimento all'operazione di seguito descritta, in relazione agli strumenti finanziari partecipativi emessi dalla società BETA", acquisiti da ALFA a seguito dell'omologa del concordato preventivo di BETA, venga disapplicato il regime di cui all'articolo 87 del TUIR.

BETA è stata costituita in data ... e svolge, nell'ambito dei propri siti di trattamento collocati nei Comuni di ... attività di

In data ... BETA ha presentato, dinnanzi al Tribunale di ..., una prima domanda per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo a norma dell'articolo 161 della legge fallimentare formulando ai propri creditori la seguente proposta:

- Il pagamento integrale delle spese di procedura e dei credili privilegiati prededucibili, alla data di omologazione;
- Il pagamento integrale per cassa dei crediti privilegiati entro un anno

dall'omologazione, con i relativi interessi;

- Il pagamento ai creditori chirografari di una percentuale pari al 34 per cento dei rispettivi crediti entro quattro anni dall'omologazione (2023), secondo quanto previsto dal Piano concordato in relazione alla capacità di generazione di cassa da parte di BETA, al netto delle risorse necessarie alla gestione corrente e alla realizzazione degli investimenti;

- Datio in solutum all'omologazione di certificati rappresentativi di SFP di valore nominale pari al 60 per cento dei crediti chirografari, attributivi, nei termini stabiliti dal relativo Regolamento, di diritti in sede di distribuzione di riserve disponibili ed utili di esercizio, a partire dal quarto anno successivo all'omologazione (2023). Il piano prevede che gli SFP destinati ai creditori chirografari, per un ammontare complessivo di circa Euro ..., vengano rimborsati per il 50 per cento nell'esercizio 2023 (in base ai risultati del bilancio d'esercizio al 31 dicembre 2022) e per il 50 per cento nell'esercizio 2024 (In base ai risultati del bilancio d'esercizio al 31 dicembre 2023);

- Lo stralcio della residua porzione dei crediti chirografari;

- Nessun soddisfacimento per i creditori postergati.

La proposta è stata dichiarata inammissibile con decreto del ..., a causa dell'incompletezza dell'attestazione allegata.

In data ..., BETA ha depositato una nuova istanza di concordato, con effetti retrodatati al deposito della prima domanda stante la continuità tra le due procedure, e contenente la medesima proposta (con la sola precisazione che gli SFP sono stati valutati da soggetto specializzato in misura del 40 per cento del valore nominale del debito chirografario, con la conseguenza che la percentuale complessiva di soddisfacimento offerta ai chirografari è pari al 74 per cento del valore nominale del loro credito). Alla luce della continuità aziendale prevista dal piano, la proposta concordataria prevede il pagamento del debito con due modalità:

- Flussi di cassa generati dalla gestione in continuità, anni 2019 - 2023 per un totale di euro ...;

- Strumenti finanziari partecipativi per un totale di euro

La Proposta concordataria si fonda su un Piano economico-finanziario (di seguito il "Piano") contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi della Proposta Concordataria.

In data ..., il Commissario Giudiziale ha depositato la propria relazione nella quale, pur evidenziando alcune criticità, ha formulato parere favorevole all'approvazione del concordato, tenuto conto sia della ragionevolezza delle previsioni di piano, sia dell'opportunità della proposta concordataria rispetto all'alternativa fallimentare.

In data ..., il Giudice Delegato ha accertato il raggiungimento delle maggioranze di legge, in particolare il 72,50 per cento dei crediti ammessi al voto.

In data ..., il Tribunale di ... ha omologato il concordato preventivo depositato da BETA.

Il credito di ALFA, alla data di presentazione della prima domanda di concordato (...) era pari, comprensivo di interessi, a complessivi euro ..., di cui euro ... privilegiati ed euro ... di natura chirografaria.

In esecuzione del concordato preventivo in continuità, in data ... ALFA ha ricevuto i seguenti certificati materializzati della società BETA:

- n. 1 rappresentativo di n. ... SFP, del valore nominale di euro ...;
- n. 2 rappresentativo di n. ... SFP, del valore nominale di euro ...;
- n. 3 rappresentativo di n. ... SFP, del valore nominale di euro ... (rimborsato in data ...);
- n. 6 rappresentativo di n. ... SFP, del valore nominale di Euro

SOLUZIONE INTERPRETATIVA PROSPETTATA DAL CONTRIBUENTE

ALFA istante ritiene di poter beneficiare della disapplicazione di cui all'articolo 113 del TUIR e, a tal proposito, dichiara che, in caso di accoglimento dell'istanza di

interpello, non si avvarrà, con riferimento ad BETA, delle opzioni di cui agli artt. 115, 117 e 130 del TUIR, rispettivamente in tema di trasparenza fiscale, consolidato nazionale e consolidato mondiale, fino all'esercizio in cui manterrà il possesso degli SFP.

BETA ha predisposto un piano di concordato configurato sullo schema della continuità aziendale diretta, ex articolo 186 bis della legge fallimentare, volto a garantire la prosecuzione dell'attività d'impresa ed il miglior soddisfacimento dei propri creditori. In particolare, viene previsto un risanamento sia industriale sia finanziario. Il piano ha una durata di 5 anni a partire dall'esercizio 2019 sino all'esercizio 2023.

L'istante ipotizza il carattere temporaneo della situazione di difficoltà finanziaria di BETA che, a completamento della manovra, potrà ragionevolmente ripristinare le condizioni di continuità aziendale.

Il Commissario Giudiziale, nella propria Relazione al piano, ex articolo 172 della legge fallimentare, evidenzia unicamente, quale alternativa al piano concordatario, la prospettiva fallimentare. In tale situazione le uniche altre strade percorribili, ma che risulterebbero svantaggiose, sono azioni revocatorie e risarcitorie e la cessione dell'azienda.

PARERE DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE

In via preliminare, si ricorda che l'articolo 113, comma 1, del TUIR prevede che "Gli intermediari finanziari possono optare per la non applicazione del regime di cui all'articolo 87 alle partecipazioni acquisite nell'ambito degli interventi finalizzati al recupero di crediti o derivanti dalla conversione in azioni di nuova emissione dei crediti verso imprese in temporanea difficoltà finanziaria, nel rispetto delle disposizioni di vigilanza per le banche emanate da parte di Banca d'Italia ai sensi dell'articolo 23 della legge 28 dicembre 2005 n. 262".

Il comma 2 dell'articolo 113 del TUIR dispone che "L'opzione di cui al comma 1 può essere esercitata quando sussistono:

a) nel caso di acquisizione di partecipazioni per il recupero dei crediti, i motivi di convenienza rispetto ad altre forme alternative di recupero dei crediti, le modalità ed i tempi previsti per il recupero e, ove si tratti di partecipazioni dirette nella società debitrice, che l'operatività di quest'ultima sarà limitata agli atti connessi con il realizzo e la valorizzazione del patrimonio;

b) nel caso di conversione di crediti, gli elementi che inducono a ritenere temporanea la situazione di difficoltà finanziaria del debitore, ragionevoli le prospettive di riequilibrio economico e finanziario nel medio periodo ed economicamente conveniente la conversione rispetto ad altre forme alternative di recupero dei crediti; inoltre il piano di risanamento deve essere predisposto da più intermediari finanziari rappresentanti una quota elevata dell'esposizione debitoria dell'impresa in difficoltà."

Infine, il comma 4 del citato articolo 113 stabilisce che "Ove sussistano le condizioni di cui ai commi 1, 2 e 3, l'opzione di cui al comma 1 comporta, ai fini dell'applicazione degli articoli 101, comma 5, e 106, da parte degli originari creditori, l'equiparazione ai crediti estinti o convertiti delle partecipazioni acquisite e delle quote di partecipazioni successivamente sottoscritte per effetto dell'esercizio del relativo diritto d'opzione, a condizione che il valore dei crediti convertiti sia trasferito alle azioni ricevute".

La Circolare n. 42/E del 3 agosto 2010 ha chiarito che "La ratio della norma è quella di evitare che l'acquisizione delle partecipazioni, al fine di favorire il recupero dei propri crediti, possa essere disincentivata per effetto di un trattamento fiscale di sfavore" e che "... ai fini dell'applicazione dell'articolo 113 del TUIR, gli istituti di credito possono chiedere, in merito agli strumenti finanziari partecipativi sottoscritti, la disapplicazione del regime di participation exemption qualora gli stessi siano assimilabili, sotto il profilo fiscale, alle azioni ossia, sempre che siano rappresentati da

certificati o titoli, anche dematerializzati purché idonei alla circolazione presso il pubblico e che la loro remunerazione sia costituita totalmente dalla partecipazione ai risultati economici della società emittente. Tale circostanza, attesa la possibilità di modulare gli SFP in vario modo ai sensi del richiamato articolo 2346 del c.c., sarà oggetto di valutazione caso per caso" (così il par. 3.3 della richiamata Circolare n. 42/E).

Pertanto, ai fini della disapplicazione richiesta, è necessario che gli SFP ricevuti da ALFA a seguito della conversione dei crediti siano assimilabili alle azioni ai sensi dell'articolo 44, comma 2, lettera a), del TUIR.

A tal fine, occorre tener presente che l'articolo 44, comma 2, lettera a), del TUIR, considera similari alle azioni, ai fini delle imposte sui redditi, i titoli e gli strumenti finanziari emessi da società residenti la cui remunerazione è costituita totalmente dalla partecipazione ai risultati economici della società emittente o di altre società appartenenti allo stesso gruppo o dell'affare in relazione al quale i titoli e gli strumenti finanziari sono stati emessi.

Nel paragrafo 1.1 della Circolare n. 4/E del 18 gennaio 2006 è stato chiarito che per i titoli emessi da soggetti residenti in Italia - a norma della lettera a), del comma 2, dell'articolo 44 del TUIR - è sufficiente la previsione di una remunerazione totalmente legata ai risultati economici di un'impresa (o di una società appartenente al suo gruppo o di un singolo affare), per assimilare il titolo o lo strumento finanziario ad una partecipazione societaria, indipendentemente dal rapporto sottostante in base al quale il titolo è stato creato. Con specifico riferimento alla partecipazione ai risultati economici, la predetta circolare n. 4/E del 2006 ha chiarito che la stessa "deve essere effettiva", non essendo sufficiente che la remunerazione sia soltanto parametrata agli utili della società né tantomeno che sia collegata esclusivamente a parametri finanziari (es. andamento di un indice, di prezzi o di valori di titoli azionari e obbligazionari), ovvero a parametri diversi dai risultati economici di un'impresa o di un affare.

Ciò premesso, con riferimento al caso di specie si evidenzia che l'assemblea dei

soci di BETA ha deliberato l'emissione di strumenti finanziari partecipativi, di cui all'articolo 2346, sesto comma, del codice civile ed ha approvato il relativo regolamento. Tale regolamento prevede, tra le altre, che:

- gli SFP nella specie non costituiranno titoli di credito, saranno liberamente trasferibili a terzi, avranno tutti le medesime caratteristiche e conferiranno ai relativi titolari e a ciascuno singolarmente gli stessi diritti, secondo quanto previsto nel regolamento;

- la loro assegnazione e intestazione avverrà mediante compensazione di parte dei crediti vantati dai creditori chirografari, pari al 60 per cento dell'ammontare complessivo dei crediti stessi;

- l'apporto così effettuato verrà effettuato a fondo perduto e contabilizzato in apposita Riserva Apporti Strumenti Finanziari Partecipativi (tramite la conversione del debito a riserva, senza alcun passaggio per il Conto Economico) e costituirà apporto di capitale di rischio, a fronte del quale pertanto non vi sarà alcun obbligo di restituzione a carico della società: detta riserva non sarà accorpabile con altre voci di patrimonio netto, non potrà essere utilizzata, se non con il consenso dei titolari, salvo che nel caso di copertura di perdite e comunque anche in tale ipotesi soltanto dopo che siano state utilizzate tutte le altre riserve presenti in bilancio, non potrà essere distribuita se non a vantaggio degli stessi titolari degli strumenti finanziari partecipativi;

- ai titolari degli strumenti spetteranno determinati diritti amministrativi (come la possibilità di visionare e richiedere copia dei verbali delle assemblee e del bilancio, assistere alle assemblee, ma senza diritto di intervento né di voto) e patrimoniali (come la percezione degli utili in via antergata rispetto ai titolari di azioni ordinarie di BETA, fino alla concorrenza del valore nominale di ogni SFP BETA).

In particolare, con riferimento ai diritti patrimoniali, il regolamento prevede che "Gli SFP BETA attribuiscono a ciascun Titolare SFP BETA il diritto a percepire gli utili generati dalla continuità aziendale della Società, in quanto la relativa distribuzione sia deliberata dall'assemblea dei soci, in via antergata rispetto ai titolari di azioni

ordinarie della Società, fino alla concorrenza del valore nominale di ciascun SFP BETA, (il "Diritto ai Proventi"), rappresentati, da (i) l'utile netto, (ii) le riserve disponibili di BETA, come risultanti dal bilancio di esercizio secondo quanto previsto dall'art. ..., al netto delle perdite e nel rispetto dell'ammontare eventualmente destinato a riserva obbligatoria".

Il successivo paragrafo ..., a sua volta, stabilisce che "Il Diritto ai Proventi dei Titolari di SFP BETA:...(iii) consiste nel diritto di ricevere, in precedenza rispetto ai titolari di azioni ordinarie della Società, successivamente all'approvazione del bilancio di esercizio al 31 dicembre 2022, dunque a partire dall'anno 2023, attraverso la distribuzione delle riserve distribuibili, nei limiti della consistenza finanziaria ed entro il valore massimo del 50 per cento per ciascun anno del valore nominale degli SFP BETA, fino all'estinzione di cui all'articolo...".

Da ultimo, l'articolo ..., paragrafo ..., del richiamato Regolamento stabilisce che "Gli SFP BETA si estinguono al verificarsi dell'incasso da parte dei Titolari SFP BETA di un ammontare corrispondente al relativo valore nominale".

Dall'analisi di tali previsioni emerge che la remunerazione degli SFP possa avvenire, tra le varie ipotesi, attraverso l'attribuzione ai titolari di "riserve" disponibili/distribuibili. La circostanza che tale previsione non sia stata limitata alle sole riserve di utili, fa presumere che, nell'ipotesi di riduzioni volontarie del capitale sociale, sia possibile remunerare gli SFP con poste patrimoniali diverse da quelle espressive di utili o riserve di utili, avendo la possibilità di ottenere dei proventi sulla base della volontà dei soci di liberare capitale sociale, fino a integrale concorrenza del valore nominale residuo degli SFP.

La circostanza che i titolari degli SFP possano ricevere, a regime, un quid non costituito e neppure connesso (totalmente) con i risultati economici dell'emittente (poiché le riserve di "capitali" per loro natura non sono costituite dai risultati dell'emittente), esclude in radice l'assimilazione di detti SFP alle azioni.

Ciò precisato occorre, inoltre, esaminare la previsione - con preferenza assoluta

sugli azionisti - della distribuzione di utili e riserve disponibili fino al raggiungimento del valore nominale degli SFP e il loro conseguente annullamento. La circostanza che sia previsto un tetto alla remunerazione degli SFP e il loro conseguente annullamento/estinzione una volta raggiunto il loro valore nominale costituisce un rilevante elemento che dimostra l'inesistenza del "totale collegamento" ai risultati economici dell'impresa. Da quanto detto, si evince chiaramente che per ALFA non è prevista alcuna possibilità di ricevere, anche in astratto, dagli SFP in esame una remunerazione, ossia una somma che ecceda il valore nominale di tali strumenti in quanto lo stesso Regolamento ne disciplina l'annullamento automatico al raggiungimento del medesimo.

A tal fine, occorre considerare che, come specificato nella relazione di accompagnamento al decreto legislativo 12 dicembre 2003, n. 344 (che ha varato la nuova imposta sul reddito delle società in attuazione all'articolo 4 della legge delega n. 80 del 7 aprile 2003) ai fini del regime di deducibilità fiscale, in capo al soggetto erogante, della remunerazione degli strumenti finanziari: "l'indeducibilità non è estesa ai proventi per i quali la connessione con i risultati economici dell'impresa riguardi unicamente l'an, ma non il quantum, della corresponsione dei proventi e/o del rimborso ai sottoscrittori (come nel caso dei titoli con tasso di rendimento prestabilito, per i quali il pagamento degli interessi in una certa misura sia subordinato all'esistenza di utili ovvero alla effettiva distribuzione di dividendi da parte dell'emittente o di altra società del gruppo)".

Nel caso di specie, la connessione degli SFP con i risultati economici di BETA non riguarda il "quantum" dal momento che la remunerazione degli stessi trova un limite nella corresponsione di un "tetto massimo" rappresentato dal valore nominale degli SFP.

Alla luce di quanto premesso, sulla base della lettura delle previsioni regolamentari degli SFP, si evince che la remunerazione degli stessi non è costituita totalmente dalla partecipazione ai risultati economici della società emittente o di altra

società appartenente allo stesso gruppo o dell'affare in relazione ai quali i titoli e gli strumenti finanziari sono stati emessi e, pertanto, si ritiene che gli strumenti finanziari partecipativi emessi da BETA non soddisfino i requisiti per essere assimilati alle azioni ai sensi dell'articolo 44, comma 2, lettera a), del TUIR.

Per quanto sopra detto, pertanto, la Scrivente ritiene di non poter accogliere la richiesta dell'Istante di applicare agli strumenti finanziari partecipativi in questione le disposizioni di cui all'articolo 106 del TUIR con la conseguente disapplicazione dell'articolo 87 del TUIR.

Si osserva che con la presente risposta ci si limita a rilevare che gli SFP in argomento non soddisfano le condizioni ai fini del riconoscimento della facoltà prevista all'articolo 113 del TUIR e, pertanto, si precisa che la risposta al presente interpello esula quindi da qualunque valutazione in merito alla ricostruzione contabile e giuridica rappresentata dal contribuente nell'istanza.

Il presente parere viene reso sulla base dei fatti, dei dati e degli elementi forniti dal contribuente nella richiesta di parere, assunti acriticamente ai fini della risposta nel presupposto della loro veridicità e correttezza.

**Firma su delega del Direttore centrale
Vincenzo Carbone**

IL CAPO SETTORE

(firmato digitalmente)