

Il commercialista telematico

LE PLUSVALENZE DA CESSIONE DI PARTECIPAZIONI: LA RISOLUZIONE N. 345/E DEL 2008

a cura di Fabio Carriolo

Premesse

Nell'ottica del gruppo di imprese, la scelta di procedere alla cessione di partecipazioni può essere vista dagli organi di *governance* come alternativa a quella di dar luogo alla distribuzione dei dividendi, e può essere indotta, oltre che da considerazioni strettamente economiche, da esigenze fiscali, ossia dalla finalità di ottenere per l'operazione un prelievo tributario più blando (se non addirittura l'esenzione da imposte) rispetto a quanto sarebbe dovuto ponendo in essere il comportamento alternativo.

L'alternatività di fatto tra distribuzione e cessione consente alle imprese di costruire varie «architetture societarie», basate sul possesso di partecipazioni in società fiscalmente residenti in diversi Paesi, anche all'interno del territorio dell'Unione Europea. Occorre tuttavia registrare, proprio in ambito comunitario, la presenza di peculiari tipologie di soggetti societari che, come è accaduto per il Lussemburgo, hanno causato (in ragione del regime fiscale particolarmente favorevole) l'inclusione di singoli Stati nelle *black list* dei regimi fiscalmente «disapprovati».

Il presente contributo prende in considerazione le problematiche accennate, con riferimento alla questione dell'acquisizione della residenza fiscale italiana da parte di un soggetto estero avente le caratteristiche sanzionate dal sistema ai fini della normativa «CFC», questioni tutte esaminate nella risoluzione dell'Agenzia delle Entrate n. 395/E del 2008.

Il regime italiano della participation exemption

L'esenzione fiscale delle plusvalenze derivanti dalla cessione di partecipazioni nell'ambito del reddito d'impresa (*participation exemption*) ha costituito l'elemento cardine della «riforma IRES», ed è stata introdotta anche a seguito di una conforme tendenza registrata su scala europea. Tale regime fiscale, nella sua originaria impostazione, aveva tra l'altro l'obiettivo di contrastare i noti arbitraggi tradizionalmente attuati mediante le strutture societarie «*conduit*» situate in Olanda o in Lussemburgo, ed implicava un parallelismo tra esenzione (per le plusvalenze) e indeducibilità (per le minusvalenze).

Il commercialista telematico

Le modifiche normative del 2005 hanno certamente compromesso l'*appeal* dell'istituto, creando problemi a coloro che stavano progettando o avevano appena attuato il «rientro» dei «gruppi transnazionali» con *subholding* «esterovestite». Certamente, le norme anti-esterovestizione del 2006 hanno poi introdotto degli elementi di «pericolo» per tali strutture di gruppo, rappresentando un'inversione dell'approccio del legislatore fiscale in una prospettiva sanzionatoria.

Si è avuto, in definitiva, un andamento a *zig-zag* della legislazione, giacché da un «primo stadio» nel quale poteva attuarsi qualsiasi arbitraggio, giungendo a dedurre le minusvalenze in Italia e ad esentare le plusvalenze in Olanda o in Lussemburgo, si è passati a un «secondo stadio» fondato sull'esenzione / irrilevanza fiscale, tendenzialmente favorevole solamente se la società genera plusvalenze (e mai, evidentemente, se l'attività della partecipata «va male», e quindi conduce a cessioni minusvalenti). Si è quindi giunti a un sistema «spurio», con cessioni plusvalenti tassate, in campo IRES, al 16%, a fronte della totale indeducibilità delle minusvalenze e, infine, all'«omogeneizzazione» del regime delle plusvalenze «esenti» con quello dei dividendi percepiti in ambito IRES, garantita dall'**imponibilità limitata al 5% dell'ammontare**.

Secondo l'art. 87, primo comma, lettere da a) a d), del TUIR, i requisiti generali che devono essere posseduti per poter ottenere il regime di esenzione fiscale sulle plusvalenze da cessione di partecipazioni sono i seguenti:

- ininterrotto possesso dal primo giorno del dodicesimo mese precedente quello dell'avvenuta cessione, considerando cedute per prime le azioni o quote acquisite in data più recente;
- classificazione nella categoria delle immobilizzazioni finanziarie nel primo bilancio chiuso durante il periodo di possesso;
- residenza fiscale della società partecipata in uno Stato o territorio di cui al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'art. 168-*bis*, o, alternativamente, l'avvenuta dimostrazione, a seguito dell'esercizio dell'interpello secondo le modalità di cui al quinto comma, lett. b), dell'art. 167, che dalle partecipazioni non sia stato conseguito, sin dall'inizio del periodo di possesso, l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori diversi da quelli individuati nel medesimo decreto¹;

¹ Si rammenta che la L. n. 244/2007 – art. 1, comma 83, lettera l) – ha superato il regime incentrato sulle «*black list*», accolto dall'ordinamento fino al 2007, sostituendolo con un nuovo sistema fondato sull'individuazione degli Stati aventi un regime fiscale conforme agli standard di legalità e trasparenza adottati dall'Unione europea («*white list*»).

Il concreto funzionamento del nuovo sistema dovrà attendere l'emanazione di un decreto ministeriale (per la quale non sono normativamente previste scadenze), recante l'indicazione di due tipologie di «*white list*»:

- una prima tipologia, da utilizzarsi per l'applicazione, ai soggetti IRPEF, della disposizione dell'art. 2, comma 2-*bis*, del TUIR, sulla presunzione di residenza fiscale in Italia;
- una seconda tipologia, costituita da ulteriori due liste e prevista dal nuovo art. 168-*bis* del TUIR, che costituirà il riferimento per l'applicazione di tutte le norme antielusive contenute nel TUIR e relative

Il commercialista telematico

- esercizio da parte della società partecipata di un'impresa commerciale secondo la definizione di cui all'art. 55, con presunzione assoluta di «non commercialità» laddove la maggior parte dell'attivo patrimoniale sia investita in immobili che non sono né strumentali, né «merce». Tale requisito non opera di commercialità non dev'essere però verificato per le partecipazioni in società i cui titoli sono negoziati in mercati regolamentati.

La L. n. 244/2007 (Finanziaria 2008) è intervenuta sul regime della *participation exemption*, riguadagnando alla «pex» italiana alcune delle attrattive archiviate nel 2005. In particolare, con l'art. 1, co. 33, lett. h), della Finanziaria, ha ridotto la parte imponibile delle plusvalenze dal 16% al 5% (mentre l'aliquota d'imposta si abbassa dal 33% al 27,50%, amplificando l'agevolazione).

Con la modifica in parola – apportata dalla lettera h) dell'art. 1, co. 33 - le plusvalenze generate da cessioni di partecipazioni «esenti» sono strutturalmente assimilate ai dividendi, con la eccezione della quota di plusvalenza che costituisce recupero di minusvalenze dedotte ai fini fiscali in anni precedenti l'entrata in vigore della riforma del 2003 (in genere quelle dedotte fino al 2003), la cui tassazione rimane ferma al 16% attuale².

Va altresì precisato che il comma 58 – lettera c) - del medesimo art. 1 ha abbreviato il c.d. «*minimum holding period*», ossia il periodo minimo di possesso, necessario per fruire del regime di esenzione, riportandolo da 18 a 12 mesi, come nella versione originaria uscita dalla riforma «Tremonti».

A fini di coordinamento, è stata altresì disposta la soppressione del comma 1-*bis* dell'art. 101 del TUIR, il quale prevedeva che il periodo di possesso minimo da considerare in caso di minusvalenze era di 12 mesi in luogo dei 18 previsti per le plusvalenze [art. 1, comma 58, lettera f), L. n. 244/2007].

La pianificazione fiscale internazionale

Con la finalità di sottrarre flussi reddituali - «materia imponibile» - alle giurisdizioni fiscalmente più onerose, creando dei «canali» per il loro trasferimento nelle zone fiscalmente più «vantaggiose», opera un incessante fenomeno di «*tax*

ad operazioni di vario tipo, sia per le persone fisiche che per le imprese residenti o situate fiscalmente in Paesi considerati privilegiati.

La prima modifica sostanziale consiste nella sostituzione del comma 2-*bis* dell'art. 2 del TUIR, stabilendo che la presunzione di residenza in Italia, salvo prova contraria, dei cittadini italiani cancellati dalle anagrafi della popolazione residente e trasferiti in altri Stati o territori, è operativa se si tratta di Stati diversi da quelli individuati nella specifica «*white list*».

Ciò significa che, a seguito dell'attuazione della nuova disciplina, la presunzione di residenza in un «paradiso fiscale», con la conseguente inversione dell'onere della prova a carico del contribuente, scatterà qualora il contribuente trasferisca la residenza in un paese che non sia contemplato tra quelli della «*white list*».

La seconda modifica sostanziale riguarda l'inserimento nel TUIR del nuovo art. 168-*bis*, in base al quale – con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro degli affari esteri – saranno individuate due ulteriori liste di Stati.

² Cfr. art. 1, comma 34, L. 24.12.2007, n. 244.

Il commercialista telematico

planning internazionale, i cui connotati non sono necessariamente elusivi (giacché in molte ipotesi un concreto interesse economico – extrafiscale – supporta le operazioni poste in essere).

A ogni modo, secondo lo schema «classico», il transito degli imponibili è garantito

In tale contesto, le zone ad alta e a bassa pressione fiscale non comunicano normalmente in modo diretto, e il «transito» è reso difficile sia dall'assenza di convenzioni internazionali tra le due tipologie di Stati e territori, sia dalle normative dissuasive approntate dalle giurisdizioni fiscalmente «gravose».

Esistono quindi delle «zone intermedie» cui è assegnato il compito di garantire il collegamento con i «paradisi fiscali»: ad esempio, i Paesi Bassi (che di per sé offrono rilevanti vantaggi fiscali) verso le Antille Olandesi od altre giurisdizioni fiscalmente «vantaggiose»³.

La fuoriuscita degli imponibili dalle giurisdizioni ad elevata fiscalità (come l'Italia) avviene generalmente attraverso i seguenti passaggi:

- uscita dalla zona ad alta pressione fiscale: è resa possibile mediante la convenzione contro le doppie imposizioni siglata tra il Paese A (fiscalmente «gravoso») e il Paese «intermedio» B; atteso che le convenzioni che seguono il Modello OCSE riservano l'imposizione allo Stato di residenza, ciò ha generato numerosi fenomeni di «esterovestizione» societaria;
- attrazione dei capitali provenienti dalle giurisdizioni fiscalmente gravose: nell'ambito dei rapporti economici e finanziari che avvengono entro una zona omogenea (come la UE), «giocano» a favore della delocalizzazione degli imponibili le possibilità di trasferire nel Paese B, a un costo conveniente, i capitali provenienti dal Paese A;
- ai capitali in transito dalla zona ad alta pressione fiscale è quindi offerta una via di comunicazione verso la zona a bassa pressione fiscale, che può sfruttare una convenzione contro le doppie imposizioni stipulata tra il Paese B e il «paradiso fiscale», in virtù della quale gli imponibili, non tassati né nel Paese A, né nel Paese B, saranno «acquisiti» ai vantaggi della giurisdizione fiscalmente «vantaggiosa»⁴.

³ Nell'ordinamento giuridico italiano, è il caso di evidenziare le innovazioni apportate dall'art. 35, commi 13 e 14, D.L. 4.7.2006, n. 223 (convertito dalla L. 4.8.2006, n. 248), che ha aggiunto all'art. 73 del TUIR i nuovi commi 5-bis e 5-ter, recanti specifiche disposizioni anti-«esterovestizione», nonché dall'art. 36, commi 3 e 4, del medesimo decreto-legge, che, innovando l'art. 47, quarto comma, del TUIR, prevede la tassazione integrale (sul 100% dell'ammontare) degli utili «provenienti» dai «tax heaven», e non più di quelli «corrisposti» da società ivi residenti: in tal modo, è inibita la distribuzione in Italia di utili in realtà provenienti da giurisdizioni «paradisiache», «passanti» attraverso Paesi UE privi di norme sulle CFC (che, in assenza di tale normativa, avrebbero continuato a scontare la tassazione sul solo 5% dell'ammontare).

⁴ Cfr. S. La Rocca, «Geografia dell'elusione fiscale di carattere internazionale», Rassegna di fiscalità internazionale n. 2-01 – Cap. 2 - Temi di approfondimento, (banca dati *Fisconline*).

Il commercialista telematico

L'usuale schema utilizzato dai gruppi societari il cui controllo è riconducibile a soggetti residenti in Paesi che non adottano il trattamento di esenzione fiscale per il realizzo delle plusvalenze da cessione di partecipazioni (*«participation exemption»*), per fruire di tale regime fiscale, combinandolo con la possibilità di dedurre le relative minusvalenze, prevede l'utilizzo di strutture *«conduit»* ubicate nel Paese estero.

Nella realtà italiana, ciò ha significato l'«attivazione» di gruppi con *holding* residente in Italia, *sub-holding* olandese o lussemburghese e società operative in Italia e in altri Paesi, sicché la cessione di partecipazioni plusvalenti, che magari potevano rappresentare l'«accumulo» di utili non distribuiti, poteva essere realizzata in esenzione dalla *sub-holding* nel Benelux. Nel caso, invece, di partecipazioni minusvalenti, il loro realizzo poteva essere «demandato» alle società italiane.

Il trasferimento in Italia della società non residente

In alcune ipotesi, all'interno dell'Unione Europea, potrebbe risultare dubbia l'appartenenza di un soggetto societario all'uno o all'altro ordinamento giuridico nazionale, ai fini della residenza fiscale.

Nel tentativo di risolvere la questione, si possono evidenziare alcune osservazioni svolte dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, nella sentenza 5.11.2002, n. 208:

«secondo una costante giurisprudenza del Bundesgerichtshof, approvata dalla dottrina tedesca dominante, la capacità giuridica di una società viene valutata in base al diritto applicabile nel luogo in cui si trova la sua sede effettiva ('Sitztheorie' o teoria della sede), in opposizione alla 'Gründungstheorie' o teoria della costituzione, secondo la quale la capacità giuridica viene determinata in base al diritto dello Stato in cui la società è stata costituita».

Il riferimento alla dottrina tedesca è utile perché consentirebbe di affermare che la società «si trova», ovvero risiede, laddove essa ha la propria sede effettiva, cioè dove essa è guidata, diretta, coordinata.

Nella sentenza richiamata, proprio il Governo olandese aveva osservato che, nel Trattato UE, i tre elementi di collegamento costituiti dalla sede sociale, dalla sede effettiva (amministrazione centrale) e dal **centro di attività principale** erano collocati su un piano di parità. In nessun punto del Trattato sarebbe stato indicato che, per poter far valere la libertà di stabilimento, la sede sociale (legale) e l'amministrazione centrale dovevano trovarsi nello stesso Stato membro. Di conseguenza, il diritto di stabilimento doveva spettare anche ad una società la cui sede effettiva non si trovava più nello Stato di costituzione di tale società.

Secondo la Corte, *«...allorché una società, validamente costituita in un primo Stato membro dove ha la sua sede sociale, è considerata, in forza del diritto di un secondo Stato membro, come se avesse trasferito la sua sede effettiva in tale Stato in seguito*

Il commercialista telematico

alla cessione di tutte le sue quote sociali a cittadini di detto Stato che vi risiedono, le norme che il secondo Stato applica a questa società non sfuggono, allo stato attuale del diritto comunitario, al campo di applicazione delle disposizioni comunitarie relative alla libertà di stabilimento».

Le società europee «...hanno il diritto di svolgere la loro attività in un altro Stato membro, e la localizzazione della loro sede sociale, della loro amministrazione centrale o del loro centro di attività principale serve a determinare, al pari della cittadinanza delle persone fisiche, il loro collegamento all'ordinamento giuridico di uno Stato membro».

Sempre secondo la Corte di Giustizia, il legame effettivo e continuato con l'economia di uno Stato membro UE, cui è subordinato il principio della libertà di stabilimento, prevale «...solo nel caso in cui la società ha unicamente la sede sociale all'interno della Comunità. Questo incontestabilmente non avviene nel caso della Überseering, che ha sia la sede sociale sia la sede effettiva all'interno della Comunità. Per questo caso di specie, la Corte, al punto 19 della sentenza Centros, ...ha constatato che l'art. 58 del Trattato equipara alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli Stati membri le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno della Comunità. Dalle considerazioni che precedono risulta che l'Überseering è legittimata a far valere la libertà di stabilimento per opporsi al rifiuto del diritto tedesco di considerarla come una persona giuridica dotata di capacità processuale».

In definitiva, una società costituita in uno Stato UE X può mantenere nello stesso la propria sede legale, e ciò nonostante, spostando la sede dell'amministrazione in un altro Stato UE, essere riconosciuta in quest'ultimo. Tale soluzione, valevole sul piano processuale, dovrebbe ritenersi condivisibile anche ai fini della soggettività tributaria. Pertanto, «...la Überseering, regolarmente costituita nei Paesi Bassi dove ha la sua sede sociale, deriva dagli artt. 43 CE e 48 CE il diritto di esercitare la sua attività di stabilimento in Germania come società di diritto dei Paesi Bassi».

Va evidenziato che il Governo tedesco, in disaccordo rispetto alle tesi della Corte di Giustizia, aveva sostenuto «...che la teoria della costituzione consente, in una misura più ampia rispetto a quella della teoria della sede, la creazione di società che hanno una doppia residenza e che a tale titolo sono soggette ad imposta in maniera illimitata in almeno due Stati membri. Ci sarebbe il rischio che tali società reclamino ed ottengano benefici fiscali parallelamente in diversi Stati. A titolo di esempio, il governo tedesco menziona l'imputazione transfrontaliera delle perdite sugli utili tra imprese di uno stesso gruppo».

Secondo la Corte, «...non si può escludere che ragioni imperative di interesse generale quali la tutela degli interessi dei creditori, dei soci di minoranza, dei lavoratori o ancora del fisco possano, in talune circostanze, e rispettando talune condizioni, giustificare restrizioni alla libertà di stabilimento. Tali obiettivi non possono tuttavia giustificare il fatto che venga negata la capacità giuridica e, quindi,

Il commercialista telematico

la capacità processuale ad una società regolarmente costituita in un altro Stato membro dove ha la sede sociale. Infatti, una tale misura equivale alla negazione stessa della libertà di stabilimento riconosciuta alle società dagli artt. 43 CE e 48 CE. 94. Di conseguenza, occorre risolvere la prima questione nel senso che gli artt. 43 CE e 48 CE si oppongono a che, allorché una società costituita conformemente alla normativa di uno Stato membro sul cui territorio ha la sede sociale viene considerata, secondo il diritto di un altro Stato membro, come se avesse trasferito la sede effettiva in tale Stato, quest'ultimo neghi alla detta società la capacità giuridica e quindi la capacità di stare in giudizio dinanzi ai propri giudici nazionali per far valere i diritti derivanti da un contratto concluso con una società stabilita in tale Stato membro».

Insomma: rimarrebbe possibile una limitazione del diritto di stabilimento molto tenue, motivata dalla «ragione fiscale», che comunque non potrebbe ledere i diritti processuali delle società nel Paese in cui si trova la sede effettiva della direzione. Ciò nonostante, le disposizioni del TUIR (art. 73, terzo comma) prevedono l'applicazione alternativa di più criteri, tra i quali quello dell'amministrazione della società, che può prevalere laddove la sede legale sia situata all'estero.

Il Lussemburgo e le holding del 1929

Il granducato del Lussemburgo è compreso nella *black list* del D.M. 21.11.2001, limitatamente alle «*holding* del 1929», a norma dell'art. 3, primo comma, n. 9), del citato decreto.

In tale Paese, che costituisce parte integrante dell'Unione Europea, i soggetti societari godono tradizionalmente di rilevanti agevolazioni fiscali, sia che si tratti delle predette *holding*, sia con riferimento alle so.par.fi.⁵

Le *holding* del 1929 possono svolgere unicamente attività finanziarie, essendo a esse preclusa l'effettuazione di attività di tipo commerciale o industriale, nonché la prestazione di servizi, con l'esclusione di quelli finalizzati al compimento delle operazioni finanziarie facenti parte dell'oggetto sociale.

Sotto il profilo fiscale, tali società non sono assoggettate all'imposizione ordinaria sui redditi, per cui sono escluse da tassazione, sia le plusvalenze derivanti dalla cessione delle partecipazioni detenute, sia i dividendi ricevuti dalle consociate. Esse sono invece assoggettate a un'imposta di registro (*droit d'apport*), con aliquota dell'1%, sul capitale sociale, da versare contestualmente alla costituzione e in caso di aumento dello stesso, e a una tassa annuale (*taxe d'abonnement*), con aliquota dello 0,20%, sul valore complessivo dei titoli rappresentativi del capitale versato.

⁵ Le so.par.fi (*société de participations financières*) sono state introdotte nel 1990 per ottemperare agli obblighi sanciti dalla direttiva 90/435/CEE, al fine di poter beneficiare del regime impositivo «madre-figlia», escluso per le società non assoggettate ad imposte sui redditi, come le *holding* del 1929.

Il commercialista telematico

Il regime fiscale privilegiato delle *holding* ne ha determinato l'esclusione dall'applicazione della direttiva «madre-figlia» e della convenzione Italia - Lussemburgo contro le doppie imposizioni⁶.

Secondo quanto è stato evidenziato dall'Agenzia delle Entrate nella risoluzione n. 345/E del 5.8.2008, alle *holding* del 1929 – che, come si è visto, fanno rientrare il Lussemburgo tra gli Stati e territori soggetti ai vincoli della *black list* – si affiancano le c.d. *holding* «miliardarie», previste dal decreto granducale del 17.12.1938, caratterizzate da un capitale sociale particolarmente elevato e dalla spettanza di ulteriori vantaggi fiscali.

Per le *holding* «miliardarie», il cui capitale sociale dev'essere di almeno 24 milioni di euro, è possibile scegliere un regime fiscale nel quadro del quale la tassa di registrazione è sostituita da un'imposta denominata «imposta sul reddito». Tale imposta sul reddito è applicata sugli interessi versati ai titolari di obbligazioni e di titoli, sui dividendi versati agli azionisti e sugli onorari pagati ai dirigenti, ai revisori dei conti ed ai liquidatori.

Si tratta quindi di una forma societaria, fiscalmente agevolata «a regime», che costituisce un «sottogruppo» in seno alle *holding* del 1929, e per tale ragione deve intendersi ricompresa nell'elenco del decreto ministeriale del 2001.

L'intervento della Commissione Europea

Relativamente alle tipologie societarie lussemburghesi sopra indicate, la Commissione Europea – con la comunicazione C-3/2006 – ha invitato il granducato a presentare osservazioni nell'ambito di una procedura di infrazione, considerando quali «aiuti di Stato» i regimi fiscali agevolati.

A tale riguardo, la Commissione ha osservato che le *holding* del 1929 (che, come sopra evidenziato, ricomprendono anche quelle «miliardarie») « ... sono state concepite come uno strumento fiscale destinato a incoraggiare la distribuzione degli utili accumulati da società operative in un gruppo multinazionale ed evitare un'ulteriore imposizione di detti utili quando sono percepiti dagli azionisti delle società», e che il relativo regime fiscale « ... è stato considerato una misura di concorrenza fiscale dannosa ai sensi del Codice di condotta sulla tassazione delle imprese del 1998».

Il Consiglio Ecofin del 3.6.2003 ha raccomandato che per alcune misure fiscali ritenute nocive, tra le quali figurava il regime delle *holding* del 1929, si mettesse fine agli effetti dannosi entro il 2010; a tale riguardo, era segnalata l'emanazione da parte del Lussemburgo di una nuova legge – adottata il 19.4.2005 – la quale aveva temporaneamente negato lo stato giuridico di «*holding* 1929 esente» alle società che ricevevano più del 5 % del proprio reddito totale da dividendi da

⁶ Cfr. «L'esterovestizione della residenza fiscale (2)», contributo a cura del Comando Interregionale dell'Italia Centrale della Guardia di Finanza, pubblicato su «Fisco Oggi» del 17.10.2008.

Il commercialista telematico

società partecipate non soggette a un'imposta sul reddito comparabile all'imposta lussemburghese sul reddito delle società, nel corso dell'anno in cui tali dividendi erano percepiti.

Secondo la Commissione, il regime delle *holding* del 1929 possedeva tutti i connotati dell'«aiuto di Stato», traducendosi in vantaggi economici concessi alle sole imprese stabilite nel Lussemburgo, consistenti in esenzioni e deroghe dall'imposta sul reddito delle società, dalle ritenute alla fonte, dalle imposte sul valore netto e dalle imposte fondiarie.

«Il regime è inoltre limitato alle prestazioni rese all'interno di un gruppo, poiché le imprese beneficiarie devono essenzialmente operare nell'ambito di una struttura di gruppo al fine di fruire del regime di esenzione, che, quindi, non è di fatto aperto a tutte le imprese. Il regime determina sia distorsioni di concorrenza che sugli scambi fra Stati membri, poiché le attività finanziarie e di gestione, tipiche delle holding 1929 esenti, si svolgono generalmente su mercati internazionali in cui la concorrenza è intensa. La concorrenza è falsata, poiché le holding 1929 esenti sono avvantaggiate rispetto ai fornitori indipendenti di servizi e agli intermediari finanziari, comprese le banche e le società di consulenza terze. Vi è incidenza sugli scambi poiché dei vantaggi accordati alle holding 1929 esenti fruiscono soltanto i gruppi che esercitano determinate funzioni in materia di servizi con base in Lussemburgo».

Il caso esaminato dall'Agenzia delle Entrate

La menzionata risoluzione n. 345/E del 2008 ha preso in considerazione la problematica posta da una società lussemburghese qualificata come *holding* «miliardaria», la quale intendeva trasferire, in regime di continuità, la propria **sede legale** dal Granducato di Lussemburgo all'Italia e mutare la propria denominazione sociale da «Alfa S.a.» in «Alfa S.p.a.», con efficacia a decorrere dall'iscrizione della società nel registro delle imprese italiano (avvenuta a fine 2006).

L'interpellante desiderava a tale proposito conoscere:

- il corretto valore fiscale da attribuire alle partecipazioni in società quotate alla Borsa valori italiana, tenendo presente che il trasferimento non aveva comportato la determinazione o la tassazione di plusvalenze latenti in Lussemburgo;
- il corretto regime fiscale da attribuire alle cessioni di partecipazioni già avvenute a seguito del trasferimento;
- la possibilità di riporto a nuovo delle perdite realizzate in Lussemburgo;
- la possibilità di considerare le eventuali perdite che la società avrebbe potuto realizzare nei primi tre esercizi successivi al trasferimento.

Il commercialista telematico

La società riteneva altresì di aver diritto alla fruizione della «pex» italiana, affermando che il calcolo del «*minimum holding period*» doveva tener conto anche del periodo maturato in Lussemburgo anteriormente al trasferimento della sede legale in Italia, e di poter valutare le partecipazioni detenute al valore contabile, oltre a far valere le ordinarie disposizioni del TUIR (art. 84) in materia di riporto delle perdite.

Osservazioni dell'Agenzia

Relativamente al caso prospettato, è sottolineato nella risoluzione che l'inclusione del Lussemburgo nella *black list* deve intendersi riferita a tutte le forme di *holding* del 1929, e quindi anche alle *holding* «miliardarie» (che delle prime costituiscono una semplice variante).

Con riguardo alla questione del momento di efficacia del trasferimento della residenza fiscale in Italia, è richiamata la risoluzione n. 123/E del 12.8.2005, nella quale era stato evidenziato che, in sede di interpello, ogni valutazione sulla sussistenza o meno della residenza fiscale doveva ritenersi esclusa, essendo rimessa a un'indagine di fatto, di competenza degli organi verificatori in sede di controllo.

L'Agenzia ha inoltre evidenziato che, in base alle norme del TUIR (artt. 73, terzo comma, e 76, secondo comma), si considera residente la società che ha nel territorio dello Stato la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale dell'attività per la maggior parte del periodo d'imposta (generalmente ricondotto all'esercizio societario).

Secondo le precisazioni fornite con la risoluzione n. 9/E del 17.1.2006, inoltre, se il trasferimento in Italia avviene in condizioni di continuità giuridica, il periodo d'imposta, costituito dall'esercizio sociale, non si interrompe (il regime di continuità giuridica del trasferimento di sede di una società dall'estero implica quindi anche la continuità degli esercizi sociali).

La società deve quindi « ... considerarsi residente in Italia sin dall'inizio dell'esercizio sociale – e, quindi, anche nel periodo antecedente l'iscrizione nel registro delle imprese – qualora abbia la sede legale, la sede di amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato per la maggior parte del periodo d'imposta».

La fruizione del regime «pex»

Per quanto attiene alle condizioni per fruire del regime di esenzione ex art. 87 del TUIR, la risoluzione ha precisato che esse contemplano il possesso dei requisiti soggettivi di cui alle lettere a) e b) dell'articolo menzionato, e che la società partecipante deve altresì risultare residente in Italia nel periodo d'imposta in cui ha luogo la cessione della partecipazione.

Giacché l'ipotesi considerata non prevedeva lo scioglimento in Lussemburgo e la successiva ricostituzione della società in Italia, assicurando invece la continuità

Il commercialista telematico

giuridica del soggetto, il periodo di possesso minimo doveva intendersi perfezionato includendo **anche l'arco temporale anteriore allo spostamento della residenza e al cambio della ragione sociale.**

Il requisito dell'iscrizione della partecipazione tra le immobilizzazioni finanziarie nel primo bilancio chiuso durante il periodo di possesso doveva altresì ritenersi perfezionato se le partecipazioni risultavano iscritte come tali in un bilancio redatto in conformità alla legislazione italiana, e comunque nel rispetto degli schemi e principi previsti dalla direttiva 78/660/CEE del 25.7.1978 o, in alternativa, nel rispetto dei principi contabili internazionali (IAS/IFRS) di cui al regolamento (CE) n. 1606/2002.

«A tale scopo, quindi, l'istante dovrebbe dimostrare, con certezza e precisione, che le partecipazioni oggetto di cessione risultano iscritte nella categoria delle immobilizzazioni finanziarie nel primo bilancio chiuso durante il periodo di possesso».

Nel caso di specie, l'Agenzia ha ritenuto applicabile la disposizione transitoria di cui all'art. 4, primo comma, lett. g), del D.Lgs. n. 344/2003, per effetto della quale il requisito del periodo minimo di possesso dev'essere verificato nel bilancio relativo al secondo periodo d'imposta precedente a quello cui si applicano per la prima volta le disposizioni del TUIR (in considerazione del fatto che il primo periodo d'imposta in cui la società si qualificava come soggetto residente rappresentava «..il primo periodo d'imposta cui si applicano le disposizioni del citato testo unico...»).

La valutazione delle partecipazioni

Relativamente alla questione del valore fiscale delle partecipazioni detenute dalla società «trasferita», si poneva un'alternativa tra la possibile adozione del costo storico e quella del valore corrente al momento del **trasferimento nel territorio nazionale.**

Mentre il primo (criterio del costo storico) poteva essere utilizzato nelle ipotesi caratterizzate dall'assenza di atti di natura traslativa dei beni da valutare e dall'esigenza di garantire anche la continuità dei valori fiscalmente riconosciuti, come accade nei trasferimenti di sede, il secondo (criterio dei valori correnti) era ritenuto più idoneo a rappresentare situazioni di discontinuità giuridico-tributaria e di fuoriuscita di beni dal patrimonio del soggetto passivo d'imposta, nonché di evitare fenomeni di doppia tassazione nel caso in cui nello Stato estero fosse prevista una forma di «*exit tax*» (ossia di tassazione dei plusvalori latenti fino al momento del trasferimento).

Ciò evidenziato, in considerazione del fatto che il trasferimento della residenza fiscale era avvenuto in regime di continuità giuridico-civiltistica, l'Agenzia ha ritenuto più correttamente applicabile il criterio del **costo d'acquisto** sostenuto dall'impresa.

Il commercialista telematico

Il riporto delle perdite

La terza questione posta dall'interpellante riguardava l'eventuale possibilità di utilizzare fiscalmente le perdite prodotte anteriormente all'«italianizzazione» della società, soprattutto con riguardo all'eventuale «illimitata» riportabilità delle perdite prodotte nei primi tre esercizi di residenza fiscale in Italia (considerandole perdite prodotte nei primi tre esercizi, e perciò soggette alla disciplina di cui all'art. 84, secondo comma, del TUIR).

Relativamente a tale questione, l'Agenzia ha evidenziato che, prima del trasferimento della sede in Italia, la «Alfa S.a.» risiedeva in un **Paese a fiscalità privilegiata** (secondo il D.M. 21.11.2001), e per tale ragione le perdite maturate nel corso degli esercizi fiscali potevano essere compensate soltanto con i futuri redditi della stessa società (imputati per trasparenza al soggetto controllante residente in proporzione alla partecipazione detenuta), a norma dell'art. 167 del TUIR.

Il soggetto residente che controlla la CFC può quindi impiegare le perdite di quest'ultima solamente per abbattere i redditi a tassazione separata della medesima entità, e non anche ai fini della determinazione del proprio reddito complessivo da sottoporre a tassazione ordinaria (art. 2, primo comma, D.M. 21.11.2001, n. 429). Da ciò consegue che, per la «Alfa S.p.a.» e i soggetti che si trovassero nella situazione esposta, le perdite maturate in Lussemburgo (o, comunque, in uno Stato o territorio *black list*) non possono essere portate in deduzione dai futuri redditi eventualmente conseguiti in Italia.

Per quanto da ultimo precisato nella risoluzione, le perdite menzionate dall'istante non potevano ritenersi «nuove» (e, quindi, illimitatamente riportabili), proprio perché il trasferimento della residenza era avvenuto in regime di continuità giuridica, e quindi senza che si estinguesse o sorgesse un soggetto societario.

Fabio Carriolo

5 Novembre 2008