



CEPELLINI LUGANO & ASSOCIATI

STRUMENTI

PARTICIPATION EXEMPTION

Data ultimo aggiornamento:

30 aprile 2018

Ultimi documenti considerati:

CTP Brescia, 04.04.2018 n. 190

INDICE

PARTICIPATION EXEMPTION

Sommario

1. LE CARATTERISTICHE GENERALI	4
2. I REQUISITI	8
2.1. Il periodo minimo di possesso	8
2.2. L'iscrizione tra le immobilizzazioni finanziarie	9
2.3. La residenza fiscale.....	14
2.3.1. Residenza fiscale della partecipata in Paesi "black list"	15
2.4. L'esercizio dell'impresa commerciale.....	16
2.4.1. Esercizio congiunto di attività commerciale e non.....	20
2.4.2. Società quotate e offerte pubbliche di vendita.....	22
3. IL REQUISITO DELLA COMMERCIALITÀ PER LE SOCIETÀ IMMOBILIARI	23
3.1. La locazione nelle società immobiliari	25
4. LE HOLDING	26
4.1. Le holding pure	27
4.1.1. Le sub-holding	28
4.2. Le holding miste.....	28
5. LE OPERAZIONI STRAORDINARIE	29
5.1. Il conferimento d'azienda.....	29
5.1.1. Effetti sui requisiti soggettivi con conferimento che coinvolge la partecipante	29
5.1.2. Effetti sui requisiti soggettivi con conferimento che coinvolge la partecipata	30
5.1.3. Effetti sui requisiti oggettivi con conferimento che coinvolge la partecipante.....	30
5.1.4. Effetti sui requisiti oggettivi con conferimento che coinvolge la partecipata	30
5.2. Conferimento di partecipazioni.....	32
5.2.1. Ambito soggettivo	32
5.2.2. Le altre partecipazioni.....	33
5.3. La fusione	34
5.3.1. Effetti sui requisiti soggettivi con fusione che coinvolge la partecipante.....	34
5.3.2. Effetti sui requisiti soggettivi con fusione che coinvolge la partecipata	35
5.3.3. Effetti sui requisiti oggettivi con fusione che coinvolge la partecipante	35
5.3.4. Effetti sui requisiti oggettivi con fusione che coinvolge la partecipata.....	35
5.4. La scissione	36
5.4.1. Effetti sui requisiti soggettivi con scissione che coinvolge la partecipante.....	36
5.4.2. Effetti sui requisiti soggettivi con scissione che coinvolge la partecipata	36
5.4.3. Effetti sui requisiti oggettivi con scissione che coinvolge la partecipante	37
5.4.4. Effetti sui requisiti oggettivi con scissione che coinvolge la partecipata	37
5.4.5. Il costo fiscale delle partecipazioni in caso di scissione della partecipata	38
5.5. La trasformazione	39
5.5.1. La trasformazione di soggetti in contabilità semplificata	40
5.5.2. Trasformazione societaria: formazione di più periodi d'imposta nello stesso anno solare	40
6. IL RAPPORTO CON LA DISCIPLINA DELLE SOCIETÀ DI COMODO	41
7. DISTRIBUZIONE DI RISERVE DI CAPITALE, RECESSO ED ESCLUSIONE DEL SOCIO, RISCATTO, RIDUZIONE DEL CAPITALE E LIQUIDAZIONE.....	42
7.1. Distribuzione di riserve di capitale.....	42

7.2. Recesso ed esclusione del socio, riscatto, riduzione del capitale per esuberanza e liquidazione della società	42
8. LE ATTIVITÀ DIVERSE DALLE PARTECIPAZIONI	43
8.1. Strumenti finanziari simili alle azioni.....	44
8.2. Contratti di associazione in partecipazione e di cointeressenza agli utili.....	44
8.3. Azioni proprie	44
8.4. Diritto di usufrutto, diritti d'opzione e obbligazioni convertibili	45
8.5. Quote di fondi comuni di investimento e di partecipazione alle Sicav.....	45
8.6. Pronti contro termine e prestito titoli	45
8.7. Titoli e strumenti finanziari emessi dai non residenti e contratti di associazione in partecipazione con associanti non residenti.....	45
9. CLASSIFICAZIONE DELLE PARTECIPAZIONI	46

PARTICIPATION EXEMPTION

a cura di CLA Consulting s.r.l.

1. LE CARATTERISTICHE GENERALI

L'istituto della participation exemption, recepito nell'articolo 87 del Tuir, prevede l'esenzione parziale delle plusvalenze realizzate in seguito alla cessione di partecipazioni aventi determinati requisiti.

La percentuale di esenzione prevista sulle plusvalenze realizzate sulle partecipazioni in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 87 del Tuir è stata fissata in misura pari al 95% del relativo ammontare. I soggetti ammessi alla fruizione del regime di esenzione, nell'ipotesi in cui siano rispettati i requisiti previsti dalla norma, sono:

1. i soggetti passivi d'imposta ai fini Ires, ovvero:

- le società per azioni e in accomandita per azioni;
- le società a responsabilità limitata;
- le società cooperative e di mutua assicurazione residenti nel territorio dello Stato;
- gli enti pubblici o privati, diversi dalle società, nonché i trust, residenti nel territorio dello Stato, che abbiano o meno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali;
- le società ed enti di ogni tipo, compresi i trust, con o senza personalità giuridica, non residenti nel territorio dello Stato, relativamente alle stabili organizzazioni;

2. le società di persone (società in nome collettivo, società in accomandita semplice e quelle ad esse assimilate) e le persone fisiche titolari di reddito d'impresa.

I requisiti previsti dal Testo unico delle imposte sui redditi per poter beneficiare del regime di esenzione delle plusvalenze realizzate si dividono in due fattispecie:

- **requisiti di carattere soggettivo** da verificare in capo al soggetto partecipante;
- **requisiti di carattere oggettivo** da verificare in capo alla società partecipata.

I requisiti di carattere soggettivo sono i seguenti:

- possesso ininterrotto della partecipazione 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.

Viceversa, i requisiti di carattere oggettivo sono costituiti da:

- la residenza fiscale della società partecipata in uno Stato o territorio diverso da quelli a regime fiscale privilegiato (ovvero, previa presentazione di una apposita istanza di interpello, dimostrazione che dalle partecipazioni non è stato conseguito, sin dall'inizio del periodo di possesso, l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori in cui siano sottoposti a regimi fiscali privilegiati);
- l'esercizio di un'impresa commerciale da parte della società partecipata in base alla definizione contenuta nell'articolo 55 del Tuir.

Entrambi questi requisiti devono sussistere ininterrottamente, al momento del realizzo della plusvalenza, almeno dall'inizio del terzo periodo d'imposta anteriore.

Dal momento che uno dei due requisiti soggettivi per poter fruire della participation exemption è costituito dall'iscrizione della partecipazione tra le immobilizzazioni finanziarie, l'Amministrazione finanziaria (circolare 4 agosto 2004, n. 36/E) ha chiarito che il regime dell'esenzione non può essere applicato alle plusvalenze che sono realizzate dalle imprese in contabilità semplificata.

Pertanto, per i soggetti in contabilità semplificata, la cessione di partecipazioni detenute in regime di impresa può essere in grado di generare:

- plusvalenze interamente tassabili;
- minusvalenze interamente deducibili.

L'aspetto simmetrico al regime di esenzione delle plusvalenze realizzate a seguito della cessione di partecipazioni consiste nell'irrilevanza fiscale delle minusvalenze da valutazione, e nella simmetrica indeducibilità delle minusvalenze realizzate.

In particolare, l'articolo 101, comma 1, del Tuir prevede l'indeducibilità delle minusvalenze derivanti dalla cessione di partecipazioni, da parte di soggetti Ires, aventi i requisiti per poter beneficiare della participation exemption. In sostanza, è concessa solamente la deducibilità delle minusvalenze realizzate relative a partecipazioni che non possiedono i requisiti previsti dall'articolo 87 del Tuir.

Qualora le partecipazioni non siano in possesso dei requisiti previsti per l'esenzione, le **minusvalenze realizzate** sono interamente deducibili sia in capo ai soggetti Ires sia in capo a quelli Irpef operanti in regime d'impresa, mentre le plusvalenze realizzate concorrono per il loro intero ammontare alla formazione del reddito nell'esercizio di realizzo, con la possibilità di optare per la rateizzazione della plusvalenza in cinque anni, ai sensi dell'articolo 86, comma 4, del Tuir (previa iscrizione delle partecipazioni cedute tra le immobilizzazioni finanziarie per un periodo non inferiore a tre anni).

Viceversa, le **minusvalenze da valutazione** sono indeducibili per il loro intero ammontare con riferimento a tutte le partecipazioni, indipendentemente dal fatto che siano o meno in possesso dei requisiti previsti per beneficiare della participation exemption.

In sostanza, se le partecipazioni sono prive dei requisiti della participation exemption potranno generare minusvalenze deducibili in caso di realizzo, ma non anche in caso di svalutazione.

L'ambito applicativo dell'istituto della participation exemption, si estende, oltre che alle plusvalenze relative ad azioni o quote di partecipazione, anche a quelle realizzate con riferimento a:

- le partecipazioni al capitale o al patrimonio, ai titoli e agli strumenti finanziari simili alle azioni ai sensi dell'articolo 44, comma 2, lettera a) del Tuir;
- i contratti di associazione in partecipazione con apporto di solo capitale o misto, ai sensi dell'articolo 109, comma 9, lettera b) del Tuir.

Oltre alle ipotesi di conferimento, permuta e scambio di azioni, costituisce atto di realizzo il trasferimento all'estero della sede o della residenza della società partecipante, salvo che i componenti dell'azienda o il complesso aziendale non siano confluiti in una stabile organizzazione presente nel territorio dello Stato.

Nella seguente tabella riepiloghiamo le varie fattispecie astrattamente interessate dalla participation exemption ed i relativi chiarimenti forniti dall'Agenzia delle Entrate.

Tipologia	Il chiarimento	Fonte interpretativa
<i>Azioni acquisite in leasing</i>	In caso di cessione di azioni acquisite in leasing, il requisito del periodo minimo di possesso, così come quello dell'iscrizione tra le immobilizzazioni finanziarie, decorre a partire dal momento in cui si esercita il diritto di riscatto. È solo, infatti, da questo momento che la partecipazione diventa iscrivibile nello stato patrimoniale della società partecipante	CIRC 10/E, 16.3.2005

<p><i>Azioni proprie</i></p>	<p>Alla cessione di azioni proprie è applicabile il regime della participation exemption se risultano iscritte tra le immobilizzazioni finanziarie non solo nel primo bilancio chiuso durante il periodo di possesso, ma anche in quello anteriore alla vendita</p>	<p>CIRC 36/E, 4.8.2004</p>
<p><i>Partecipazioni di società in liquidazione</i></p>	<p>Il requisito temporale triennale, previsto dall'articolo 87, comma 2 del Tuir, deve essere verificato con riferimento all'inizio della fase di liquidazione della società partecipata e non con riferimento al momento di realizzo della plusvalenza</p>	<p>CIRC 10/E, 16.3.2005</p>
<p><i>Contratti di AIP e di cointeressenza agli utili</i></p>	<p>Per fruire dell'esenzione, deve esistere un vero e proprio apporto di capitale da parte dell'associato, mentre non rilevano i contratti di mera cointeressenza nei quali non sia previsto un determinato apporto</p>	<p>CIRC 36/E, 4.8.2004</p>
<p><i>Costi per due diligence in sede di cessione di partecipazione pex</i></p>	<p>Gli oneri di consulenza professionale (costi per due diligence contabile e fiscale) sostenuti in occasione di cessione di partecipazione pex sono interamente deducibili dal reddito di impresa in quanto spese necessarie, e non accessorie, alla conclusione dell'accordo di cessione delle partecipazioni</p>	<p>CTR Lazio, sez. XXXVII, 225, 27.9.2011</p>
<p><i>Diritti di usufrutto e diritti d'opzione</i></p>	<p>Il regime di esenzione spetta solo nel caso in cui i diritti stessi siano ceduti dallo stesso soggetto che detiene la relativa partecipazione. Le cessioni effettuate dall'usufruttuario non beneficiano dell'esenzione in quanto non è titolare di alcun diritto di partecipazione</p>	<p>CIRC 36/E, 4.8.2004</p>
<p><i>Obbligazioni convertibili</i></p>	<p>La cessione non può beneficiare dell'esenzione in quanto al momento della cessione i possessori di obbligazioni convertibili detengono solo un</p>	<p>CIRC 36/E, 4.8.2004</p>

	diritto potenziale di partecipazione	
<i>Pronti contro termine e prestito titoli</i>	Per effetto della cessione non si generano plusvalenze e, pertanto, non può trovare applicazione il regime della participation exemption	CIRC 36/E, 4.8.2004
<i>Quote di fondi comuni di investimento e di partecipazione alle Sicav</i>	La cessione non beneficia del regime di esenzione anche se le quote sono iscritte tra le immobilizzazioni finanziarie, in quanto non considerabili azioni o quote di partecipazione in società o enti	CIRC 36/E, 4.8.2004
<i>Strumenti finanziari simili alle azioni</i>	Per fruire del regime di esenzione, la remunerazione deve essere costituita totalmente dalle partecipazioni ai risultati economici della società emittente o dell'affare in relazione al quale i titoli e gli strumenti finanziari sono stati emessi	CIRC 36/E, 4.8.2004
<i>Titoli e strumenti finanziari emessi da non residenti</i>	La cessione beneficia dell'esenzione a condizione che: - si tratti di partecipazioni al capitale o al patrimonio di società o enti non residenti; - la relativa remunerazione, se corrisposta da società residente, sia interamente deducibile ai sensi dell'articolo 109, comma 9, lettera b) del Tuir	CIRC 36/E, 4.8.2004

In merito all'applicabilità o meno del regime della participation exemption alle partecipazioni, in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 87 del Tuir, che sono cedute nell'ambito di una cessione d'azienda fiscalmente rilevante, nella circolare del 13 febbraio 2006, n. 6/E è stato precisato che l'eventuale plusvalenza relativa alle partecipazioni che si qualificano per l'esenzione non può essere estrapolata, ma concorre e determinare la componente straordinaria di reddito riferibile all'intero complesso aziendale (questa plusvalenza dovrà quindi essere assoggettata a tassazione secondo le regole ordinarie previste dall'art. 86 del Tuir).

Infine, ricordiamo che, in caso di applicazione della participation exemption, la quota imponibile della plusvalenza non può essere rateizzata in capo alla società cedente, considerato che il vigente comma 4 dell'articolo 86 del Tuir riconosce questa facoltà soltanto con riferimento alle «*plusvalenze realizzate, diverse da quelle di cui al successivo art. 87...*» (circolare dell'Agenzia delle Entrate 13 febbraio 2006, n. 6/E). Pertanto, in capo al soggetto cedente la quota imponibile della plusvalenza realizzata parteciperà alla formazione del reddito dell'esercizio in cui viene effettuata la relativa cessione.

2. I REQUISITI

Per poter beneficiare, in caso di cessione di partecipazioni, dell'istituto della participation exemption, occorre rispettare, come visto precedentemente, i quattro requisiti previsti dall'articolo 87, comma 1, lettere da a) a d) del Tuir.

I primi due requisiti richiesti per poter fruire dell'esenzione della plusvalenza realizzata (articolo 87, comma 1, lettere a e b del Tuir) sono definiti "soggettivi", e devono essere verificati in capo al soggetto partecipante che detiene la partecipazione, mentre i restanti due requisiti (articolo 87, comma 1, lettere c) e d) del Tuir) devono essere verificati in capo alla società partecipata.

Come si vedrà più approfonditamente in seguito, per le partecipazioni detenute nelle holding finanziarie, i requisiti previsti dalle lettere c) e d) dell'articolo 87, comma 1 del Tuir devono riferirsi alle società indirettamente partecipate e sono verificati quando sussistono nei confronti delle partecipate che rappresentano la maggior parte del valore del patrimonio sociale della società partecipante (articolo 87, comma 5 del Tuir).

2.1. Il periodo minimo di possesso

Diversi sono stati gli interventi che hanno riguardato il periodo minimo di possesso delle partecipazioni necessario ai fini dell'applicazione dell'istituto della participation exemption.

Il D.L. n. 203/2005, convertito dalla legge n. 248/2005, ha modificato il c.d. "holding period" ovvero il periodo di possesso minimo necessario per poter fruire del regime di esenzione in relazione alle plusvalenze derivanti dalla cessione delle partecipazioni in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 87 del Tuir. Al riguardo, infatti, l'articolo 87, comma 1, lettera a) del Tuir stabiliva per l'applicazione del regime della participation exemption il necessario preventivo possesso ininterrotto della partecipazione «... dal primo giorno del dodicesimo mese precedente quello dell'avvenuta cessione considerando cedute per prime le azioni o quote acquisite in data più recente». Per effetto delle modifiche operate dall'articolo 5, comma 1, lettera b) del D.L. 30 settembre 2005, n. 203 (per le cessioni effettuate dal 4.10.05 al 31.12.07), l'accesso al regime di esenzione è condizionato, previo rispetto degli altri requisiti richiesti, alla circostanza che le partecipazioni realizzate siano state possedute ininterrottamente dal primo giorno del diciottesimo mese precedente a quello dell'avvenuta cessione considerando cedute per prime le azioni o quote acquisite in data più recente.

Da ultimo, a seguito delle modifiche apportate dall'articolo 1, comma 58, lettera c), della Finanziaria 2008 (legge n. 244/2007), è stato posto rimedio ai problemi creati dagli sviluppi normativi precedenti relativi al periodo minimo di possesso delle partecipazioni aventi i requisiti previsti per l'applicazione del regime di esenzione fissando lo stesso in 12 mesi.

In tal senso, infatti, a seguito delle modifiche all'articolo 87 del Tuir operate dall'articolo 5, comma 1, lettera b), del D.L. 30 settembre 2005, n. 203, era stato creato un disallineamento tra il regime fiscale relativo alle plusvalenze (holding period di 18 mesi) e quello relativo alle minusvalenze (holding period di 12 mesi) derivanti dalla cessione di partecipazioni "esenti". Nello specifico, per le partecipazioni possedute da più di 12 mesi e da meno di 18 mesi:

- le eventuali plusvalenze risultavano interamente tassate (non avendo soddisfatto il periodo di possesso minimo dei 18 mesi previsto dall'articolo 87, comma 1, lettera a, del Tuir);
- le eventuali minusvalenze risultavano interamente indeducibili (ex articolo 101, comma 1 bis, del Tuir).

Questa asimmetria di trattamento è stata superata attraverso il riallineamento nel termine dei 12 mesi del periodo minimo di detenzione delle partecipazioni.

Questo periodo, quindi, assume rilevanza:

- in caso di cessione di partecipazioni "esenti" con realizzo di una plusvalenza: per poter fruire dell'applicazione del regime di esenzione parziale pari al 95%;

- in caso di cessione di partecipazioni “esenti” con realizzo di una minusvalenza: ai fini dell’applicazione del regime di completa indeducibilità della minusvalenza stessa (per effetto dell’abrogazione del comma 1 bis, dell’articolo 101, del Tuir).

Pertanto, a decorrere dal periodo d’imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2007, l’accesso al regime di esenzione è subordinato alla circostanza che le partecipazioni cedute siano state possedute ininterrottamente dal primo giorno del **dodicesimo mese precedente** quello dell’avvenuta cessione.

Nel caso in cui la **partecipazione ceduta sia stata acquisita in più tranches in date differenti**, il criterio previsto dalla legge è quello c.d. “Lifo”, in base al quale devono considerarsi cedute per prime le partecipazioni acquisite in data più recente.

Di conseguenza, la plusvalenza realizzata potrà beneficiare del regime di esenzione (totale o parziale) previsto dall’articolo 87 del Tuir soltanto nel caso in cui, a seguito all’applicazione del metodo Lifo, per tutte le *tranches* di acquisto delle partecipazioni sia verificato il requisito del possesso ininterrotto dal primo giorno del dodicesimo mese precedente quello dell’avvenuta cessione. L’utilizzo del criterio Lifo ha la finalità di determinare la stratificazione delle partecipazioni nel caso in cui le stesse siano state acquisite in momenti diversi. Viceversa, per la quantificazione della plusvalenza, ovvero per determinare il costo della partecipazione ceduta, è possibile adottare il criterio utilizzato per la relativa valutazione bilancio (circolare dell’Agenzia delle Entrate 4 agosto 2004, n. 36/E).

Le **partecipazioni acquisite a seguito dell’esercizio del diritto di opzione** attribuito in relazione ad azioni già possedute si considerano acquisite alla data di acquisto delle azioni o quote sottostanti (ovvero le azioni originarie che hanno attribuito il diritto di opzione), delle quali viene mantenuta anche la categoria di iscrizione in bilancio.

Il possesso ininterrotto per dodici mesi interi è un requisito tassativo e, in quanto tale, è applicabile anche per le **società neo-costituite**, ovvero quelle costituite da meno di dodici mesi (fa eccezione il caso in cui la nascita del nuovo soggetto derivi da operazioni straordinarie).

In caso di **cessione di azioni acquisite in leasing**, il requisito del periodo minimo di possesso, così come quello dell’iscrizione tra le immobilizzazioni finanziarie, decorre a partire dal momento in cui viene esercitato il diritto di riscatto (circ. Ag. Entrate 16 maggio 2005, n. 10/E). Infatti, è solo da questo momento che la partecipazione diventa iscrivibile nello stato patrimoniale della società partecipante.

In merito all’applicazione della participation exemption alla cessione delle partecipazioni effettuata dopo il **trasferimento sede dal Lussemburgo all’Italia**, è stato precisato che

- l’holding period decorre dalla data di acquisto della partecipazione da parte della società estera (e ciò in quanto il trasferimento in esame avviene in regime di continuità giuridica atto, quindi, ad assicurare la relativa continuità del periodo di possesso);
- la condizione di iscrizione della partecipazione nelle immobilizzazioni finanziarie nel primo bilancio chiuso durante il periodo di possesso è soddisfatta nel caso in cui le partecipazioni risultino iscritte come tali in un bilancio redatto in conformità alla legislazione italiana, e comunque nel rispetto degli schemi e principi previsti dalla IV direttiva 78/660/CEE del 25 luglio 1978 o, in alternativa, nel rispetto dei principi contabili internazionali previsti dal regolamento CE n. 1606/2002. Tuttavia, qualora ne ricorrano le condizioni, potrebbe applicarsi la disposizione transitoria prevista dall’articolo 4, comma 1, lettera g), D.Lgs. n. 344/2003, in base alla quale il periodo minimo di possesso deve essere verificato nel bilancio relativo al secondo periodo d’imposta precedente a quello cui si applicano per la prima volta le disposizioni del Tuir (RIS 345/E, 5.8.2008).

2.2. L’iscrizione tra le immobilizzazioni finanziarie

2.2.1 Considerazioni generali

Per poter beneficiare del regime di esenzione la partecipazione deve essere classificata nella categoria delle immobilizzazioni finanziarie nel primo bilancio chiuso durante il periodo di possesso.

Pertanto, supponendo, ad esempio, che le partecipazioni siano state acquistate il 10 dicembre 2017, queste si qualificano per l'esenzione se risultano iscritte nel bilancio chiuso al 31 dicembre 2017 alla voce B,III,1 di stato patrimoniale.

L'iscrizione della partecipazione nel primo bilancio chiuso nel periodo di possesso nell'attivo circolante dello stato patrimoniale preclude ogni possibilità di applicazione delle disposizioni presenti nell'articolo 87 del Tuir, anche qualora la partecipazione venga successivamente iscritta in bilancio tra le immobilizzazioni finanziarie.

La prima iscrizione diventa, quindi, estremamente rilevante, a tal punto che la circolare n. 36/E sostiene che «l'iscrizione tra le immobilizzazioni nel primo esercizio rende pertanto irrilevanti eventuali riclassificazioni del titolo nell'attivo circolante operate in esercizi successivi, con la conseguenza che la cessione di una partecipazione iscritta in origine tra le immobilizzazioni darà sempre luogo (ricorrendo le altre condizioni) ad una plusvalenza esente o ad una minusvalenza non deducibile».

Infine, e ad ulteriore conferma di quanto sopra, giova altresì ricordare che la tematica relativa alla corretta iscrizione delle partecipazioni in bilancio è stata trattata in modo approfondito, stante le relative implicazioni fiscali derivanti, nell'ambito dei commenti alla disciplina Pex (articolo 87 del Tuir).

In dottrina, relativamente alla prima iscrizione nel bilancio tra le immobilizzazioni è stato autorevolmente osservato che: **“la soddisfazione di questa condizione posta dal legislatore tributario non dipende dalle caratteristiche del titolo o della società partecipata, quanto da scelte operate dal management aziendale “lette” alla luce dei principi contabili di generale applicazione. [...] nel momento stesso in cui decide in merito alla prima classificazione contabile della partecipazione acquisita, il redattore del bilancio effettua una precisa scelta anche in campo tributario, vincolante in merito alla tassabilità della plusvalenza o alla deducibilità della minusvalenza”¹.**

Altri autori, per quanto concerne le partecipazioni iscritte nell'attivo circolante, hanno osservato che:

- **“l'organo amministrativo di una società classifica una partecipazione tra le attività finanziarie che non costituiscono immobilizzazioni qualora, non reputando opportuno esercitare alcun tipo di influenza sulla gestione della società partecipata, intenda unicamente effettuare un investimento finanziario prontamente smobilizzabile ove la situazione di mercato lo rendesse conveniente;**
- **una quota partecipativa acquisita con obiettivi speculativi mantiene la sua classificazione originaria tra le voci dell'attivo circolante anche nel caso in cui sfavorevoli condizioni di mercato non consentano la sua cessione in tempi brevi;**
- **non è necessario che l'intero importo di una partecipazione sia classificato tra le immobilizzazioni finanziarie o nell'attivo circolante; infatti, il management della società può considerare una frazione della partecipazione posseduta (ad esempio, la quota parte di essa rappresentativa del controllo sulla partecipata) quale investimento durevole e destinare l'altra parte ad investimento liberamente negoziabili;**
- **si evidenzia, inoltre, che persino una partecipazione di controllo potrebbe essere iscritta nell'attivo circolante anche nel caso in cui, in ipotesi di ristrutturazione finanziaria di un gruppo di società, il pacchetto azionario di una di esse venga provvisoriamente ceduto ad altra società facente parte del gruppo medesimo, in vista di un'ulteriore vendita a soggetti terzi estranei al gruppo”².**

Un caso particolare che viene preso in considerazione, conseguentemente a questa impostazione, è quello delle **partecipazioni iscritte originariamente tra le immobilizzazioni finanziarie e successivamente riclassificate nell'attivo circolante**. Se nell'attivo circolante sono presenti altre partecipazioni nella stessa società, quando si opera la cessione occorre applicare il criterio Lifo e quindi considerare cedute le partecipazioni acquisite in data più recente e verificare su di esse quale era stata la prima classificazione nel bilancio. In sostanza, il criterio Lifo si applica senza attribuire rilevanza all'originaria distinzione tra “attivo circolante” e “immobilizzazioni finanziarie”.

¹ G. Gavelli, *Iscrizione in bilancio delle partecipazioni societarie e regime pex*, in “Il fisco” n. 25/2012.

² F.Facchini-F.Pedrotti, *La classificazione civilistica e fiscale delle partecipazioni sociali*, in “Il Fisco” n. 44/2003.

Al riguardo, nella circolare 6/07/2005, n. 38 Assonime, ha evidenziato che, in base alla tesi fornita dall'Agenzia delle Entrate, un soggetto che intenda cedere partecipazioni iscritte tra le immobilizzazioni finanziarie usufruendo del regime della participation exemption, e che eserciti anche un'intensa attività di trading di partecipazioni societarie iscritte nell'attivo circolante, potrebbe incontrare difficoltà nell'usufruire del regime di esenzione delle plusvalenze realizzate, in quanto gli acquisti e le vendite delle partecipazioni iscritte nel circolante farebbero scattare la presunzione di possibili arbitraggi sulle classificazioni in bilancio delle partecipazioni stesse.

In merito a questo aspetto, con effetto a partire dai periodi d'imposta che iniziano a decorrere dal 1° gennaio 2005, il decreto correttivo lres (D.Lgs. n. 247/2005) ha introdotto nell'articolo 87 del Tuir il comma 1 bis, volto a precisare che «*le cessioni delle azioni o quote appartenenti alla categoria delle immobilizzazioni finanziarie e di quelle appartenenti alla categoria dell'attivo circolante vanno considerate separatamente con riferimento a ciascuna categoria*».

Il decreto correttivo ha quindi precisato che le cessioni di partecipazioni iscritte nell'attivo immobilizzato e nel circolante devono essere considerate separatamente, con la conseguenza che il soggetto che cede le partecipazioni iscritte tra le immobilizzazioni finanziarie (aventi i requisiti per poter fruire della participation exemption) non deve considerare cedute le partecipazioni iscritte nell'attivo circolante, anche se acquistate in data più recente.

Il regime della participation exemption non può applicarsi alle plusvalenze realizzate a seguito della cessione di partecipazioni d'impresa operate dai contribuenti minori in regime di contabilità semplificata che determinano il reddito ai sensi dell'articolo 66 del Tuir (circolare dell'Agenzia delle Entrate 4 agosto 2004 n. 36/E).

Questi soggetti, non essendo tenuti all'obbligo di redazione del bilancio previsto per i soggetti in contabilità ordinaria, non possono fruire del regime di esenzione delle plusvalenze realizzate, data l'impossibilità di verificare la sussistenza dei requisiti previsti dalla norma, in particolare quello dell'iscrizione della partecipazione tra le immobilizzazioni finanziarie.

La circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 10/E del 2005 ha affrontato il caso di una società partecipante che si trovava in regime di contabilità semplificata nel periodo d'imposta nel corso del quale è stata acquisita la partecipazione e che ha successivamente optato per il regime di contabilità ordinaria, iscrivendo la partecipazione tra le immobilizzazioni finanziarie solamente nel bilancio relativo al primo esercizio in cui si trova in contabilità ordinaria. Con riferimento a questa ipotesi, l'Agenzia delle Entrate ha chiarito che, poiché l'articolo 87, comma 1, lettera b), del Tuir prevede la classificazione della partecipazione tra le immobilizzazioni finanziarie nel primo bilancio chiuso durante il periodo di possesso, senza fare riferimento al primo periodo di possesso, è possibile fruire del regime di esenzione qualora la partecipante iscriva la partecipazione tra le immobilizzazioni finanziarie nel primo bilancio chiuso successivamente all'esercizio dell'opzione per la contabilità ordinaria.

In questo caso, resta però ferma la facoltà dell'Amministrazione finanziaria di sindacare l'elusività di questa iscrizione, anche con riguardo ad atti e fatti precedenti.

2.2.2 La scelta della modalità di iscrizione delle partecipazioni in bilancio

Come visto al precedente paragrafo, l'iscrizione in bilancio delle partecipazioni può avvenire nell'**attivo dello Stato patrimoniale**:

- **tra le immobilizzazioni finanziarie;**
- **tra le attività finanziarie che non costituiscono immobilizzazioni.**

In base all'articolo 2424-bis, comma 2, del Codice Civile, le partecipazioni in imprese controllate e collegate si presumono immobilizzazioni.

In particolare, i primi due commi dell'art. 2424-bis del codice civile, stabiliscono che:

- gli elementi patrimoniali destinati ad essere utilizzati durevolmente devono essere iscritti tra le immobilizzazioni;
- le partecipazioni in altre imprese in misura non inferiore a quelle stabilite dal comma 3 dell'articolo 2359 del codice civile (società controllate e collegate) si presumono immobilizzazioni.

La presunzione ivi prevista è relativa (*juris tantum*). Pertanto, le partecipazioni detenute in imprese controllate e collegate devono essere iscritte tra le immobilizzazioni finanziarie **salvo che gli amministratori, previa illustrazione adeguata nella nota integrativa, dimostrino che dette partecipazioni non siano destinate ad uso durevole**; da ciò consegue che le partecipazioni superiori al quinto (o al decimo) del capitale sociale faranno parte dell'attivo circolante solo se destinate ad essere cedute entro breve termine.

Relativamente a quanto sopra, il **principio contabile Oic n. 20** prevede che *“una corretta classificazione dei titoli è fondamentale per una altrettanto corretta attribuzione di valore agli stessi; infatti la prima costituisce premessa alla seconda per la correlazione esistente nella fattispecie tra le due operazioni. **La classificazione contabile dei titoli nel comparto immobilizzato o non immobilizzato deve essere fondata su un criterio di distinzione di tipo ‘funzionale’.** Essa è, di conseguenza, **strettamente connessa con le decisioni degli organi amministrativi, avuto riguardo ai programmi che intendono attuare nell'esercizio o negli esercizi successivi.** Ne segue che appartengono alla categoria delle immobilizzazioni i titoli destinati, sempre per decisione degli organi, ad essere mantenuti nel patrimonio aziendale quale **investimento durevole sino alla loro naturale scadenza; mentre specularmente appartengono alla categoria delle attività finanziarie non immobilizzate i titoli che, sempre per scelta degli organi amministrativi, sono destinati ad essere negoziati”**.*

Coerentemente con quanto sopra, la giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di affermare che: *“anche l'acquisto di partecipazioni in altre società, può dar luogo all'applicabilità del regime delle plusvalenze o delle minusvalenze, atteso che **tale regolamento dipende non già dalla natura o dall'oggetto della società (se cioè essa sia o meno una finanziaria) ma soltanto dalla destinazione concretamente assegnata ai beni posseduti dall'imprenditore**”* (Corte di Cassazione, Sentenza 01.04.2005 n. 6911).

Lo stesso principio contabile citato continua precisando che, considerata la delicatezza del problema insito nella scelta relativa alla classificazione, per gli effetti economici che ne possono derivare, la decisione deve essere basata su ragionevoli e fondate previsioni che il titolo non sarà negoziato o riscosso entro breve tempo.

Ulteriormente il principio contabile OIC 20 ha precisato che: *“ciò che conta al fine di quantificare un'attività finanziaria come componente dell'attivo circolante, piuttosto che come immobilizzazione, **è la facoltà che l'impresa si riserva di cogliere le opportunità di mercato o di smobilizzo per fronteggiare** altre esigenze aziendali. **Non è tuttavia necessario che lo smobilizzo avvenga entro un breve periodo, in quanto esso è in funzione dell'andamento del mercato o delle necessità finanziarie dell'impresa.** Per questi motivi non è*

obbligatorio che l'intero importo di una partecipazione o di un titolo sia classificato come circolante o come immobilizzazione in quanto un'impresa può decidere di mantenere una parte dei titoli (per esempio un pacchetto di controllo di una partecipazione) durevolmente investita e considerare l'altra parte come liberamente negoziabile".

Da quanto sopra deriva che:

- ai fini dell'applicazione della *participation exemption* occorre assumere a riferimento le modalità con cui viene operata la prima iscrizione delle partecipazioni nel bilancio d'esercizio, indipendentemente dalle eventuali successive riclassificazioni delle stesse;
- per l'iscrizione di un titolo nell'attivo circolante non è condizione necessaria che lo smobilizzo avvenga in un breve periodo, in quanto la tempistica dello smobilizzo risponde ad altre necessità (quali l'andamento del mercato ovvero le necessità finanziarie dell'impresa);
- è ammesso detenere una partecipazione di controllo in un'impresa iscrivendo la stessa tra le immobilizzazioni finanziarie (in quanto considerata un investimento durevole) e, contemporaneamente, detenere altre azioni della medesima impresa, con relativa iscrizione nell'attivo circolante (in quanto considerate una forma di investimento liberamente negoziabile)³.

A conferma di quanto sopra, nel richiamare precedenti orientamenti espressi in passato, nella sentenza 15.09.2017 n. 21405, la Corte di Cassazione ha sottolineato l'impossibilità dell'Agenzia delle Entrate di entrare nel merito delle scelte di strategia commerciale, nella considerazione che:

- "... il controllo del Fisco non può spingersi fino al punto di sindacare scelte di questo tipo, che riflettono valutazioni di strategia commerciale riservate all'imprenditore. Così come il Fisco non aveva titolo per interferire nella scelta iniziale della contribuente ... analogamente non ha titolo per sindacare, sic et simpliciter, e cioè senza dedurre elementi ulteriori rilevatori di una finalità estranea alla gestione aziendale, la scelta inversa della società, di riassumere su di sé, al puro costo, gli oneri sostenuti dalla consociata nel suo interesse";
- e che "ancora una volta non è in discussione l'inerenza e la congruità del costo, ma la scelta dell'imprenditore di procedere in un modo piuttosto che in un altro. Non resta pertanto che richiamare quanto sopra detto sui limiti del controllo del Fisco su scelte di questo tipo (Cass. n. 10319/2015 cit.), essendo inoltre certamente esatto quanto rilevato a questo proposito dalla controricorrente (...);

³ Nella circolare 29 marzo 2013 n. 7, la stessa Agenzia delle Entrate ha implicitamente confermato la legittimità di questo comportamento (ossia la possibilità di classificare una medesima partecipazione posseduta in comparti diversi), avendo osservato che "in ipotesi di acquisizioni operate in date differenti e classificate in diversi comparti (immobilizzato e circolante), con successivo trasferimento delle quote o azioni da un comparto all'altro, occorre applicare il metodo LIFO con riferimento al comparto interessato".

- e infine che “... il divieto di comportamenti abusivi non vale qualora le operazioni possano spiegarsi altrimenti che con il mero conseguimento di risparmi di imposta poiché va sempre garantita la libertà di scelta del contribuente tra diverse operazioni comportanti anche un differente carico fiscale (v. fra le altre, Cass. n. 439/2015)”.

In modo ancora più specifico, nella sentenza 09.02.2017 n. 51, la CTR di Perugia ha osservato che: **“La partecipazione di (...) nel (...) V. non può definirsi strategica in considerazione della sua modesta entità, sia in termini assoluti che rispetto al capitale sociale; infatti ha un valore nominale che varia negli anni fra 10.000,00 e 50.000,00 €. Inoltre se anche il valore percentuale della partecipazione nel (...) V. è aumentato nel corso degli anni dal 2,5% al 20% (quota astrattamente significativa, ma che è stata detenuta solo per pochi mesi prima della completa dismissione della partecipazione), ciò non è stato conseguenza di scelte imprenditoriali di (...) che non ha acquisito nuove quote, ma delle scelte di altri soci di (...) V., che non hanno effettuato le sottoscrizioni di aumento del capitale sociale a copertura delle perdite.**

D'altro canto lo stesso art. 2424-bis c.c. citato dall'agenzia delle entrate prevede che si presumono immobilizzazioni le partecipazioni in altre imprese in misura non inferiore a quelle stabilite dal terzo comma dell'articolo 2359 e, cioè, le partecipazioni in società sulle quali si possa esercitare un'influenza notevole.

Anche in applicazione del principio secondo cui le classificazioni in bilancio di un componente patrimoniale debbono essere operate dall'imprenditore, si ritiene che la partecipazione de quo è stata legittimamente e correttamente collocata in bilancio tra l'attivo circolante e quindi si respinge l'appello incidentale e si conferma l'annullamento del rilievo n. 2 dell'avviso di accertamento per l'anno 2010”.

Infine, nella sentenza 04.04.2018 n. 190, la CTP di Brescia ha annullato l'accertamento dell'Ufficio (basato sulla presunta necessità di rettificare l'iscrizione delle partecipazioni tra le immobilizzazioni finanziarie così da determinare l'indeducibilità della successiva minusvalenza realizzata a seguito della cessione delle stesse) nella considerazione che: **“la società ... ha operato in modo corretto, pienamente giustificato e provato documentalmente: ha detenuto in modo costante e immutato le reali immobilizzazioni strategiche (52%) e ha negoziato secondo le esigenze finanziarie e gli andamenti di mercato (a volte favorevoli a volte sfavorevoli), in obbedienza ai corretti principi, sia della bona gestio sia delle appostazioni contabili (e, di riflesso, fiscali), le partecipazioni della corrette, non strategiche, liquide”.**

2.3. La residenza fiscale

Il terzo requisito previsto dall'articolo 87, comma 1 del Tuir, relativo alla residenza fiscale della società partecipata, rappresenta un requisito di carattere oggettivo, ovvero deve essere verificato in capo alla partecipata.

In particolare, la lettera c) dell'articolo in esame prevede che la società partecipata deve avere la propria residenza fiscale in uno Stato o territorio diverso da quelli a regime fiscale privilegiato ai sensi del decreto ministeriale emanato ai sensi dell'articolo 167, comma 4 del Tuir (disciplina Cfc), salvo che si dimostri, anche a seguito della presentazione di una apposita istanza di interpello secondo le modalità previste dall'articolo 167, comma 5, lettera b) del Tuir, che dalle partecipazioni non è stato conseguito, sin dall'inizio del periodo

di possesso, l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori in cui sono sottoposti a regimi fiscali privilegiati (intendendosi tali quegli Stati o territori i cui regimi fiscali presentino un livello nominale di tassazione inferiore al 50% di quello applicabile in Italia, come previsto dall'articolo 167, comma 4 del Tuir).

Questo requisito, così come quello relativo all'esercizio di un'impresa commerciale, deve sussistere ininterrottamente in capo alla società partecipata, al momento del realizzo, almeno dall'inizio del terzo periodo d'imposta anteriore a quello del realizzo stesso, anche nel caso in cui l'attuale cedente possieda la partecipazione da un arco temporale inferiore.

È, pertanto, irrilevante che nell'arco del periodo di "monitoraggio triennale" la partecipazione oggetto di cessione sia stata o meno detenuta dal medesimo soggetto cedente, così come è irrilevante che il soggetto cedente abbia acquisito la partecipazione ceduta a titolo oneroso (acquisto oppure conferimento ai sensi dell'articolo 175 del Tuir) o a titolo di successione universale (fusione, scissione o conferimento neutrale ai sensi dell'articolo 176 del Tuir).

La norma contenuta nell'articolo 87, comma 2 del Tuir, concernente la sussistenza del requisito della residenza fiscale per almeno tre periodi d'imposta, presenta finalità antielusive in quanto tende a rendere irrilevanti in capo alla società partecipata i trasferimenti della residenza fiscale o il differimento dell'inizio dell'attività commerciale in prossimità del momento di cessione delle partecipazioni al solo scopo di realizzare plusvalenze esenti, altrimenti prive dei requisiti per poter fruire della participation exemption.

Per le società neo-costituite ovvero costituite da meno di tre anni, la sussistenza ininterrotta del requisito della residenza fiscale deve essere verificata in capo alla società partecipata in relazione al minor periodo intercorso tra la data di costituzione e quella di cessione delle partecipazioni (circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 36/E/2004).

2.3.1. Residenza fiscale della partecipata in Paesi "black list"

Qualora la società partecipata risieda in uno Stato o territorio a regime fiscale privilegiato (intendendosi tali quegli Stati o territori i cui regimi fiscali presentino un livello nominale di tassazione inferiore al 50% di quello applicabile in Italia, come previsto dall'articolo 167, comma 4 del Tuir), il soggetto partecipante può fruire del regime della participation exemption nel caso in cui ottenga una risposta positiva all'istanza di interpello presentata all'Agenzia delle Entrate.

Per poter fruire del regime di esenzione della plusvalenza realizzata, il soggetto partecipante deve dimostrare, tramite istanza di interpello da proporsi secondo le modalità previste dall'articolo 167, comma 5, lettera b) del Tuir che, almeno dall'inizio del terzo periodo d'imposta precedente quello della cessione, dalla detenzione della partecipazione potenzialmente qualificabile per l'esenzione non è stato conseguito l'effetto di localizzare i redditi in Paesi a regime fiscale privilegiato.

In particolare, il soggetto partecipante deve dimostrare che i redditi conseguiti dalla società partecipata sono stati prodotti in misura non inferiore al 75% in Stati o territori diversi da quelli indicati nella "black list" ed ivi assoggettati integralmente a tassazione ordinaria.

Spetta, quindi, al soggetto partecipante l'onere della dimostrazione qualora la società partecipata:

- risieda in un Paese a regime fiscale privilegiato oppure
- abbia avuto la residenza in un Paese con regime fiscale privilegiato nel triennio precedente alla data di realizzo della partecipazione.

Secondo Assonime (circolare n. 38/2005) la prova da fornire tramite istanza di interpello potrebbe risultare particolarmente gravosa qualora riguardi i redditi conseguiti dalla partecipata durante il periodo di possesso di un precedente detentore e partecipazioni non qualificate per le quali risulterebbe problematico raccogliere le informazioni necessarie.

Inoltre, Assonime ha evidenziato che:

- potrebbe rivelarsi altrettanto gravosa la prova da fornire in sede di interpello qualora il periodo di detenzione della partecipazione, anche in caso di possesso in capo al medesimo soggetto da più di tre esercizi, risalga molto in là nel tempo;
- laddove non venga attivata la procedura dell'istanza di interpello, la plusvalenza realizzata su partecipazioni detenute in società residenti in Paesi black list verrebbe assoggettata a tassazione, mentre un'eventuale minusvalenza realizzata sarebbe considerata deducibile. Ne consegue, quindi, che il contribuente potrebbe decidere di porre o meno in essere l'istanza di interpello a seconda che dalla cessione della partecipazione si realizzi una plusvalenza oppure una minusvalenza.

Dal momento che per poter fruire dell'istituto della participation exemption non sono posti limiti quantitativi alla percentuale di detenzione della partecipazione, l'istanza di interpello può essere presentata da chiunque detenga una partecipazione potenzialmente qualificabile per l'esenzione, indipendentemente dall'esistenza o meno di un rapporto di controllo o collegamento così come richiesto, invece, per poter presentare l'istanza di interpello ai fini della disapplicazione della disciplina Cfc in materia di società estere controllate o collegate ai sensi degli articoli 167 e 168 del Tuir.

Un altro chiarimento di notevole portata inerente la dimostrazione della buona condotta fiscale della società partecipata è stato fornito dalla circolare n. 36/E del 2004, la quale attribuisce all'istanza di interpello da presentarsi ai sensi dell'articolo 87, comma 1, lettera c) del Tuir la stessa valenza dell'interpello presentato dal contribuente ai sensi dell'articolo 89, comma 3 del Tuir per ottenere l'esenzione del 95% degli utili distribuiti da soggetti residenti in Paesi a regime fiscale privilegiato, senza necessità di dover, quindi, ripresentare all'Amministrazione finanziaria una ulteriore istanza di interpello.

In buona sostanza, la dimostrazione inerente la localizzazione del reddito per poter beneficiare della participation exemption può essere fornita anche da una risposta positiva proveniente dall'Amministrazione finanziaria in relazione all'istanza di interpello presentata ai sensi dell'articolo 89, comma 3, del Tuir per la detassazione dei dividendi ed i cui effetti si protraggono anche per i successivi periodi di imposta, a condizione che:

- al momento della cessione sia decorso il periodo minimo triennale previsto dall'articolo 87, comma 2 del Tuir;
- i presupposti dell'interpello positivo (presentato ai sensi dell'articolo 89, comma 3 del Tuir) siano rimasti immutati nel periodo successivo alla presentazione dello stesso e fino al momento del realizzo della partecipazione.

Inoltre, per poter ottenere anche i benefici relativi alla participation exemption e alla non imponibilità dei dividendi, i contribuenti che intendono attivare la procedura preventiva dell'interpello ai fini della disapplicazione Cfc prevista dall'articolo 167 del Tuir devono indicare nell'istanza di interpello il rispetto del requisito della non localizzazione triennale dei redditi in Paesi a regime fiscale privilegiato.

Nel caso in cui il contribuente intenda far valere la sussistenza della condizione ivi prevista ma non abbia presentato l'istanza di interpello prevista dalla lettera b) del comma 5 dell'articolo 167 del Tuir (ovvero, avendola presentata, non abbia ricevuto risposta favorevole), la percezione di plusvalenze derivanti dalla cessione di partecipazioni in imprese o enti esteri localizzati in Stati o territori black list deve essere segnalata nella dichiarazione dei redditi da parte del socio residente.

Nei casi di mancata o incompleta indicazione nella dichiarazione dei redditi è applicabile la sanzione amministrativa, prevista dall'articolo 8, comma 3 ter, D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 471, nella misura del 10% dei proventi non indicati, con un minimo di euro 1.000,00 ed un massimo di euro 50.000,00.

2.4. L'esercizio dell'impresa commerciale

Il quarto ed ultimo requisito che deve essere verificato in capo alla società partecipata, contenuto nell'articolo 87, comma 1, lettera d) del Tuir, consiste nell'esercizio di un'impresa commerciale secondo la definizione fiscale individuata dall'articolo 55 del Tuir.

A questo riguardo, nella circolare 29 marzo 2013 n. 7/E, l'Agenzia delle Entrate ha osservato che «*il criterio formale di qualifica del reddito di cui al citato art. 55 costituisce condizione necessaria ma non sufficiente a individuare il requisito della commercialità, che va definito sulla base di un criterio sostanziale, secondo il quale non tutti i redditi prodotti nell'esercizio d'impresa sono riferibili a un'attività commerciale nel senso richiesto della disciplina in esame*».

Analogamente al requisito della residenza fiscale della società partecipata, il requisito dell'esercizio di un'impresa commerciale da parte della società partecipata deve sussistere ininterrottamente, al momento del realizzo della plusvalenza, almeno dall'inizio del terzo periodo d'imposta anteriore a quello del realizzo stesso (articolo 87, comma 2, Tuir). Questa disposizione antielusiva ha la finalità di evitare che l'operatività della società possa essere prevista soltanto in prossimità della cessione della partecipazione.

Sull'aspetto della continuità triennale, nella circolare n. 36/E/2004 è stato affermato che «*il possesso ininterrotto del requisito della commercialità, nel caso in cui la società partecipata sia costituita da meno di tre anni, debba riferirsi al minor periodo intercorso tra l'atto costitutivo e la cessione della partecipazione*».

In secondo luogo, trattandosi di un requisito oggettivo, esso deve riguardare solo la società partecipata, e in tal senso è irrilevante che nel corso dell'intero periodo la partecipazione sia stata anche detenuta dallo stesso soggetto che realizza la plusvalenza. Così, ad esempio, nel caso di più passaggi (cessioni, conferimenti, permuta) il requisito va verificato sulla partecipata per l'intero arco temporale di osservazione, a prescindere dai soggetti che hanno posto in essere le operazioni.

Peraltro, come si vedrà successivamente, questo criterio risulta conforme alla posizione che le Entrate hanno assunto a proposito dello stesso requisito in presenza di operazioni straordinarie.

Per quanto riguarda, invece, le plusvalenze derivanti dalla cessione di partecipazioni detenute in società in liquidazione, nella circolare 16 marzo 2005, n. 10/E l'Agenzia delle Entrate ha chiarito che anche in questo caso è possibile fruire del regime di esenzione della participation exemption.

In particolare:

- il requisito della commercialità deve sussistere nel momento in cui ha avuto inizio la fase di liquidazione;
- il requisito temporale triennale, previsto dall'articolo 87, comma 2 del Tuir, deve essere verificato con riferimento all'inizio della fase di liquidazione della società partecipata, e non con riferimento al momento di realizzo della plusvalenza⁴.

Questa conclusione è stata confermata anche dall'Agenzia delle Entrate nella circolare n. 7/E del 29 marzo 2013, in cui è stato precisato che «*qualora il periodo di interruzione dell'impresa commerciale risulti solo momentaneo, in quanto l'impresa continua a essere dotata di una struttura operativa che le consenta di riprendere il processo produttivo in tempi ragionevoli in relazione all'oggetto dell'attività d'impresa, il periodo di inattività non è rilevante ai fini della verifica della commercialità*».

Diversamente, nel caso in cui «*l'interruzione derivi da un depotenziamento dell'azienda (ad esempio, a seguito di cessione di asset rilevanti, licenziamento di personale, conseguimento dell'oggetto sociale ecc.), occorre valutare caso per caso se tale depotenziamento non configuri un'ipotesi di "liquidazione di fatto"*».

Per quanto riguarda il concetto di impresa commerciale, l'esercizio d'impresa deve ritenersi sussistente previo svolgimento da parte della partecipata di una delle seguenti attività:

- attività commerciali previste dall'articolo 2195 del Codice civile;
- attività dirette alla produzione di altri servizi, non indicati nell'articolo 2195 del Codice civile; organizzate in forma di impresa;
- altre attività.

⁴ Secondo Assonime (circolare n. 38/2005), analoghe conclusioni dovrebbero valere anche per quei soggetti che sono impossibilitati temporaneamente ad esercitare un'attività commerciale, come ad esempio le società che sono in attesa dal rilascio della licenza.

Esaminiamo in dettaglio i tre filoni.

L'articolo 2195 del Codice civile detta una presunzione assoluta in base alla quale sono in ogni caso da considerare commerciali le seguenti attività:

- industriale per la produzione di beni o servizi;
- intermediaria nella circolazione di beni;
- di trasporto;
- bancaria;
- assicurativa;
- ausiliarie alle precedenti.

Indipendentemente dalla presenza o meno di una forma di impresa, l'esercizio di queste attività fa presumere la produzione di un reddito di impresa. Il che significa, nel contesto delle plusvalenze esenti, che se la società partecipata effettivamente svolge una delle attività indicate, la cessione delle partecipazioni da parte della holding beneficia dell'esenzione (ovviamente, se sono rispettati anche gli altri requisiti).

È più complessa, invece, l'analisi del secondo filone. Si è però agevolati, in questo caso, dalle definizioni che le interpretazioni ufficiali e la giurisprudenza hanno fornito a questo proposito. È infatti possibile fare riferimento a tutte le ipotesi in cui il reddito prodotto è collegabile all'utilizzo e al coordinamento di capitale e lavoro di terzi (Cass. 08/02-03/1995, n. 3091). L'unico caso espressamente escluso dalla stessa norma di legge riguarda le società immobiliari di gestione. La participation exemption, infatti, non può operare quando il patrimonio della società partecipata è «*prevalentemente investito in beni immobili diversi dagli impianti e dai fabbricati utilizzati direttamente nell'esercizio di impresa*».

L'ultimo filone riguarda altre attività che lo stesso articolo 55 del Tuir definisce come commerciali.

Si tratta delle seguenti ipotesi:

- attività di allevamento e attività di manipolazione, trasformazione e alienazione di prodotti agricoli e zootecnici che eccedono i limiti dettati per rientrare nell'ambito del reddito agrario;
- attività agricole svolta da società di capitali e società di persone;
- sfruttamento di miniere, cave, torbiere, saline, laghi, stagni e altre acque interne.

L'interpretazione ufficiale della norma, fornita nella circolare n. 36/E del 2004, aveva chiarito che il concetto di impresa commerciale coincide «*con le attività che danno luogo a reddito d'impresa e, quindi, rileva secondo una definizione più ampia rispetto a quella civilistica*». In pratica, la situazione che gli operatori si trovavano di fronte era questa:

- la disposizione di legge prevedeva di verificare l'esercizio di un'impresa commerciale;
- la circolare n. 36/E del 2004 sembrava valutare questa condizione facendo coincidere l'esercizio di un'impresa commerciale con attività che producono reddito d'impresa.

I dubbi sorgevano quando una società svolgeva un'attività economica che non si poteva considerare impresa commerciale a tutti gli effetti ma che, comunque, dichiarava reddito d'impresa. In questa situazione la fattispecie che non creava problemi interpretativi in quanto risolta in via legislativa e analizzata con attenzione dalla circolare n. 36/E era solo quella delle società immobiliari. L'Agenzia delle Entrate ha successivamente chiarito che il regime della participation exemption è applicabile solo se la cessione che genera plusvalenza riguarda azioni o quote di una società che svolge in concreto un'attività economica che costituisce esercizio di un'impresa commerciale (Risoluzioni ministeriali. n. 163/E e n. 165/E del 2005).

In base all'orientamento espresso dall'Agenzia delle Entrate, la possibilità di fruire della participation exemption non dipende esclusivamente da condizioni misurabili in maniera oggettiva, ma anche da valutazioni sulle modalità operative di svolgimento dell'attività, con la conclusione che non è possibile

ottenere l'esenzione relativamente alle quote di partecipazione in società che non esercitano un'impresa commerciale.

A conferma di quanto sopra, è stato ulteriormente precisato che (circ. Ag. Entrate n. 7/E del 29 marzo 2013):

- si è in presenza di una impresa commerciale ai fini pex nell'ipotesi in cui la società partecipata sia dotata di una struttura operativa idonea alla produzione e/o alla commercializzazione di beni o servizi potenzialmente produttivi di ricavi;
- il requisito della commercialità sussiste nel caso in cui un'impresa dispone della capacità anche solo potenziale di soddisfare la domanda del mercato nei tempi tecnici ragionevolmente previsti in relazione alle specificità dei settori economici di appartenenza;
- la verifica del requisito di commercialità non può essere basata esclusivamente sul contenuto dell'oggetto sociale e sulla qualifica formale attribuita all'attività esercitata (l'oggetto sociale rileva ai fini della sussistenza del requisito della commercialità nella misura in cui trovi, di fatto, rispondenza nelle attività poste in essere dall'impresa);
- ai fini del riconoscimento di un'impresa commerciale, non è di ostacolo la circostanza che le caratteristiche di determinati settori possano condurre alcune imprese a essere fisiologicamente destinate a generare ricavi a distanza di anni dalla loro costituzione, atteso che il conseguimento di ricavi costituisce un indicatore utile ma non essenziale ai fini della verifica concernente la sussistenza o meno del requisito della commercialità;
- risulta determinante che l'impresa disponga di una struttura operativa potenzialmente idonea all'avvio del processo produttivo.

Più in generale, al paragrafo 5 della citata circolare n. 7/E/2013 è stato sottolineato che «il requisito contenuto nell'articolo 87, comma 1, lettera d) del Tuir deve ritenersi non sussistente in tutte le ipotesi di attività rivolte alla mera gestione passiva di asset da cui derivi la percezione di passive income. Si segnala che, per passive income si intendono i proventi ritraibili da beni dotati di un'autonoma capacità produttiva che, in quanto tali, potrebbero non richiedere l'inserimento in un apparato organizzato di fattori produttivi costituenti un'azienda».

In virtù di quanto precisato nella circolare ministeriale n. 51/E del 6 ottobre 2010 in materia di Cfc, devono considerarsi "passive income" i proventi che derivano:

- dalla gestione, detenzione o investimento in titoli, partecipazioni, crediti o altre attività finanziarie (plusvalenze, dividendi, plusvalenze, interessi attivi, commissioni ecc.);
- dalla cessione o dalla concessione in uso di diritti immateriali relativi alla proprietà industriale, letteraria o artistica (per esempio, royalties);
- dalla prestazione di servizi infragruppo, ivi compresi i servizi finanziari (per esempio servizi di contabilità o di consulenza).

Coerentemente con quanto sopra, anche la giurisprudenza ha evidenziato che il requisito della commercialità deve essere dimostrato e supportato sulla base di elementi sostanziali e non meramente formali. In tal senso, nella sentenza n. 41686 del 2014, in relazione ad una sentenza di merito che, nel disconoscere il regime di "participation exemption", condannava il contribuente per dichiarazione infedele (articolo 4 del D.Lgs. n. 74/2000), la Corte di Cassazione ha precisato che questa decisione non poteva fondarsi esclusivamente sull'inattività della società "ceduta" desunta da una certificazione camerale, dovendosi affrontare il problema della commercialità attraverso un criterio sostanziale, finalizzato ad accertare l'esistenza di una struttura operativa idonea, anche potenzialmente, alla produzione e/o commercializzazione di beni o di servizi.

E ancora. Nella sentenza 11.04.2017 n. 238/2/17, la CTP di Bergamo ha esaminato il caso di una società costituita con lo scopo di sviluppare commercialmente un terreno al fine di ottenere tutte le autorizzazioni necessarie e, successivamente, vendere a terzi un progetto "chiavi in mano" per la realizzazione di una

struttura di Grande Distribuzione Organizzata, oltre che di residenze ed uffici. Con riferimento a questa ipotesi è stato riconosciuto che l'esercizio di un'attività sostanzialmente di carattere amministrativo tesa alla edificabilità di un terreno rientra tra le attività commerciali ex articolo 55 del Tuir. Pertanto, essendo stati provati i requisiti della commercialità nell'attività svolta, è stata riconosciuta la possibilità di avvalersi dell'esenzione prevista dall'articolo 87 del Tuir sulla plusvalenza derivante dalla cessione di partecipazione in detta società.

Infine, nella sentenza 06.04.2017 n. 282/3/17, la CTP di Vicenza ha riconosciuto l'inapplicabilità del regime PEX in caso di trasformazione di una società in nome collettivo in una società a responsabilità limitata con costituzione di una nuova società (che svolge la duplice funzione immobiliare e produttiva) e successiva cessione della partecipazione totalitaria nella nuova società, una volta cessato il ramo produttivo. In particolare quest'operazione è stata ritenuta elusiva nel presupposto che, con il trasferimento del ramo produttivo d'azienda, verrebbe meno il requisito di attività commerciale espressamente previsto dall'articolo 87, comma 1, lettera d) del TUIR.

2.4.1. Esercizio congiunto di attività commerciale e non

Sempre attraverso la circolare n. 7/E del 29 marzo 2013, l'Amministrazione finanziaria ha evidenziato alcuni aspetti problematici che possono emergere nell'ipotesi di soggetti che svolgono congiuntamente attività in parte qualificate commerciali e, in parte, sprovviste di tale riconoscimento. Più nel dettaglio, l'orientamento è quello per cui si rende necessario avere riguardo sia al valore corrente del patrimonio, sia ad altri criteri di prevalenza di un'attività rispetto all'altra, quali l'ammontare dei ricavi, dei costi e dei redditi generati da ciascun tipo di attività, il numero dei dipendenti ecc. Trattasi di criteri dettati dal legislatore, ancorché in ambiti diversi, con lo scopo di determinare la prevalenza di un'attività commerciale o l'effettivo svolgimento di un'attività. Nello specifico ci si riferisce, per esempio, agli articoli 149, 84 e 172 del Tuir basati su principi che sottendono il cosiddetto "activity test" o test di vitalità, introdotto per fronteggiare il commercio delle perdite fiscali mediante acquisizioni o incorporazioni di "bare fiscali". Oltre a questi principi (per stabilire la sussistenza del requisito di commercialità della partecipata) vengono poi affiancati, i criteri utilizzati al fine di verificare la sussistenza della qualifica di ente non commerciale ai sensi dell'articolo 149, comma 2 del Tuir, ovvero:

- la prevalenza delle immobilizzazioni relative all'attività commerciale, al netto degli ammortamenti, rispetto alle restanti attività;
- la prevalenza dei ricavi derivanti da attività commerciali rispetto al valore normale delle cessioni o prestazioni afferenti le attività istituzionali;
- la prevalenza dei redditi derivanti da attività commerciali rispetto alle altre entrate;
- la prevalenza delle componenti negative inerenti all'attività commerciale rispetto alle restanti spese.

Con particolare riferimento a questa tematica, la risoluzione ministeriale n. 163/E/2005 aveva presentato un caso classico, ovvero quello di una società partecipata che aveva svolto quale unica attività la concessione in affitto di ramo d'azienda a terzi. Nel caso specifico, il fatto che la partecipata fosse stata costituita per effetto di uno scorporo di ramo d'azienda ai sensi dell'articolo 176 del Tuir è stato considerato del tutto influente ai fini della risposta.

Viceversa, la risoluzione n. 165/E/2005 ha affrontato un'ipotesi decisamente meno frequente. Nel caso analizzato la società partecipata aveva svolto quale unica attività quella di assuntore di un concordato fallimentare.

In entrambe le risoluzioni, l'Agenzia delle Entrate ha negato il soddisfacimento del requisito della commercialità e, di conseguenza, la possibilità di fruire del regime di esenzione.

Molto importante è la motivazione contenuta nella risoluzione n. 163/E/2005, che ha escluso la possibilità di verifica del requisito dell'esercizio di un'impresa commerciale nella considerazione che «l'attività in concreto svolta (...) sembra esaurirsi esclusivamente nella concessione in affitto dell'unica azienda e nella mera

percezione di un canone di affitto». Inoltre, in questa sede, è stato osservato che «pur essendo il patrimonio (...) costituito da un'azienda commerciale, l'attività d'impresa viene esercitata effettivamente solo dal conduttore».

In sostanza, le precedenti affermazioni negano che la semplice dichiarazione di un reddito d'impresa possa consentire di superare il test di commercialità, con la conseguenza che, ai fini della valutazione, si dovrà dare importanza a queste variabili:

- attività svolta in concreto;
- verifica che questa attività rientri all'interno di quelle previste dall'articolo 55 del Tuir;
- modalità attraverso la quale l'attività viene svolta che non deve essere di mera detenzione e gestione di un bene.

A questo riguardo, nella circolare 29 marzo 2013, n. 7/E, nell'affrontare la questione ulteriore relativa alla sussistenza o meno del requisito della commercialità in caso di affitto di ramo d'azienda, l'Agenzia delle Entrate ha chiarito che anche in questa ipotesi assumono rilevanza i criteri di prevalenza della commercialità.

Sempre con riferimento al requisito della "commercialità" si segnala che, secondo alcuni orientamenti espressi dall'Agenzia delle Entrate:

- in caso di conferimento d'azienda neutrale in una newco, la partecipazione acquisita nella conferitaria eredita il requisito della commercialità soltanto se la conferitaria riceve il ramo commerciale da una società che sia anch'essa prevalentemente commerciale (da quanto sopra deriva che la verifica triennale decorre ex novo nel caso di conferimento neutrale di un ramo commerciale operato da una società prevalentemente non commerciale; in tale senso si veda la risoluzione Agenzia Entrate 19/08/2009, n. 227/E);
- devono considerarsi integralmente tassate le plusvalenze che derivano dalle cessioni di partecipazioni in società partecipate "di mero godimento", ovvero le società che si limitano al mero sfruttamento economico dei marchi di proprietà, attraverso la percezione delle royalties relative alla concessione in licenza d'uso (Risoluzione ministeriale 18/08/2009, n. 226/E). In questa sede, infatti, è stato specificato che l'attività commerciale rilevante ai fini della participation exemption «deve logicamente interpretarsi in senso restrittivo, in conformità alla ratio dell'articolo 87 – desumibile dalla esclusione espressa delle società di gestione immobiliare – secondo cui per il riconoscimento della pex la partecipata deve svolgere attività non di mero godimento»;
- contrariamente a quanto emerso dalla risposta all'interrogazione parlamentare 5-01695 del 2009 (e cioè che il requisito della commercialità non possa ritenersi soddisfatto durante la fase cosiddetta di "start up", in quanto la stessa non individua un'attività idonea a generare ricavi), nella circolare n. 7/E del 29 marzo 2013, l'Agenzia delle Entrate ha chiarito che «il requisito della commercialità può considerarsi sussistente già nella fase di start up, sempreché la società partecipata, dopo avere ultimato le fasi prodromiche ed essersi dotata di un sistema organizzativo autonomo, inizi successivamente a svolgere l'attività per la quale è stata costituita» e, più in generale, che «perché si possa considerare sussistente il requisito della commercialità è necessario che l'impresa sia dotata di una struttura – frutto di un'attività di organizzazione e predisposizione delle risorse necessarie – idonea all'avvio del processo produttivo in tempi ragionevoli in relazione all'attività d'impresa» (a titolo esemplificativo, le concessionarie di lavori pubblici e le imprese operanti nel settore energetico).

Nel dettaglio, il documento di prassi sopra citato ha fornito delle esemplificazioni utili nell'analisi dei criteri per la verifica della commercialità nei seguenti casi:

- fase di start up seguita dall'attività commerciale: in questa ipotesi, l'esercizio dell'attività d'impresa – dopo la conclusione della fase preparatoria – realizza un effetto "trascinamento all'indietro" del requisito della commercialità, permettendo di considerare la sussistenza di questo requisito già dall'inizio fase di start up e, pertanto, attribuendo rilevanza a tale fase prodromica, sotto il profilo temporale, ai fini del riconoscimento del requisito di commercialità in capo alla partecipata;

- **fase di start up ancora in atto:** qualora al momento del realizzo della partecipazione la fase preparatoria non risulti ancora completata, il requisito della commercialità ai fini pex non ricorre, in quanto l'attività preparatoria ancora in atto non costituisce condizione sufficiente ai fini del riconoscimento del requisito di commercialità in capo alla partecipata. Tuttavia, l'avente causa del trasferimento della partecipazione può computare – ai fini del requisito di commercialità della partecipata – il periodo di start up maturato in capo al dante causa, a condizione che prima dell'ulteriore realizzo della partecipazione da parte dell'avente causa, la società partecipata abbia acquisito un carattere commerciale nel senso sopra precisato (infatti, secondo quanto precisato dalla circolare n. 36/E/2004, il requisito temporale di commercialità deve essere verificato in capo alla società partecipata ed è pertanto irrilevante, a tale fine, che la partecipazione sia stata posseduta, nel periodo di riferimento, dallo stesso soggetto che realizza la plusvalenza ovvero dal suo dante causa, così come ininfluente è la modalità di acquisizione della partecipazione);
- **fase di inattività:** nel caso in cui una società neocostituita non abbia posto in essere alcun atto preparatorio e abbia quindi avviato, solo in un momento successivo, la fase di start up, seguita poi dallo svolgimento dell'attività commerciale, il requisito di commercialità si considera maturato dall'inizio della fase di start up (il realizzo della partecipazione durante la fase di start up non ultimata non rileva, come già detto, ai fini della maturazione del requisito della commercialità). Il periodo relativo alla mera costituzione formale non assume rilievo alcuno ai fini della qualificazione del requisito della commercialità.

Per completezza, da ultimo, con riferimento alla valutazione relativa alla sussistenza della natura commerciale dell'attività esercitata da una società estera, nella sentenza 20 giugno 2012 n. 128 la Commissione tributaria di Milano ha precisato che non è possibile operare un'assimilazione a una tipologia societaria prevista dalla legge italiana fondata sul mero riscontro delle previsioni contenute nello Statuto della società estera stessa. L'oggetto sociale, più precisamente, rileva ai fini della sussistenza del requisito della commercialità nella misura in cui trovi, di fatto, rispondenza nelle attività poste concretamente in essere dall'impresa.

2.4.2. Società quotate e offerte pubbliche di vendita

L'articolo 87, comma 4 del Tuir prevede che, fermo restando il rispetto dei tre requisiti previsti dalle lettere a), b) e c) del comma 1 del medesimo articolo, il requisito previsto dalla lettera d), relativo all'esercizio di un'impresa commerciale da parte della società partecipata, non assume rilevanza per le partecipazioni che sono possedute in società i cui titoli sono negoziati in mercati regolamentati. Inoltre, alle plusvalenze realizzate mediante offerte pubbliche di vendita si applica il regime di esenzione previsto dall'articolo 87 del Tuir indipendentemente dal rispetto del requisito di operatività. Per *“titoli negoziati in mercati regolamentati”* si devono intendere i titoli azionari.

La norma richiede la quotazione della società, non essendo sufficiente la sola quotazione di titoli diversi da quelli azionari emessi da società non quotate (come, ad esempio, quelli obbligazionari).

Da quanto sopra si evince che:

- il requisito dell'esercizio dell'impresa commerciale da parte della società partecipata non rileva per le plusvalenze che sono realizzate a seguito della cessione di partecipazioni detenute in società quotate in mercati regolamentati;
- qualora le componenti straordinarie del reddito d'impresa siano dovute ad offerte pubbliche di vendita, le stesse possono fruire del regime di esenzione.

Allo scopo di evitare comportamenti elusivi, in caso di plusvalenze realizzate su strumenti finanziari emessi da una società la cui remunerazione sia collegata ai risultati economici di un'altra società del gruppo, la verifica della sussistenza del requisito dell'esercizio di un'impresa commerciale deve essere effettuata sia in capo alla società emittente sia in capo alla società ai cui risultati è collegato il rendimento dello strumento finanziario oggetto della cessione (circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 36/E/2004).

3. IL REQUISITO DELLA COMMERCIALITÀ PER LE SOCIETÀ IMMOBILIARI

In virtù di quanto previsto dall'articolo 87, comma 1, lettera d) del Tuir, il requisito della commercialità non ricorre, per presunzione assoluta, qualora il valore del patrimonio della società partecipata sia prevalentemente costituito da beni immobili non utilizzati nell'esercizio di impresa.

Per espressa previsione normativa, dal concetto di immobili sono esclusi:

- quelli alla cui produzione o al cui scambio è effettivamente diretta l'attività dell'impresa (c.d. "immobili-merce");
- gli impianti e fabbricati che sono direttamente utilizzati nell'esercizio dell'impresa.

Devono considerarsi direttamente utilizzati nell'esercizio d'impresa e, quindi, sono da escludere dal calcolo della prevalenza (articolo 87, comma 1, lettera d), Tuir):

- i beni immobili concessi in locazione finanziaria e
- i terreni su cui la società partecipata svolge l'attività agricola (la definizione di attività agricola è desumibile dall'articolo 2135 del Codice civile).

Vengono, pertanto, salvaguardate le immobiliari di costruzione e di commercio, le società di leasing immobiliare e le società agricole.

Non si considerano utilizzati direttamente nell'esercizio di impresa i fabbricati concessi in locazione o godimento, anche attraverso contratti di affitto d'azienda.

Secondo Assonime (circolare n. 38/2005) l'obiettivo dell'Agenzia delle Entrate è quello di evitare che, attraverso contratti di affitto d'azienda, si possano mascherare locazioni di immobili.

La *ratio* della norma risiede nella volontà di impedire che la cessione di una partecipazione detenuta in una società immobiliare si ponga sullo stesso piano di una cessione di immobili e che, quindi, attraverso la cessione della partecipazione, si trasferiscano beni di primo grado in regime di esenzione.

In buona sostanza, l'intento del legislatore è quello di escludere dall'applicabilità dell'istituto della participation exemption le partecipazioni in società la cui attività consiste nel mero godimento degli immobili, come ad esempio la concessione in locazione degli stessi.

Ciò che assume rilevanza è l'attività effettivamente svolta dalla società partecipata. Al riguardo, è stato chiarito che:

- non può configurarsi un'attività di compravendita per effetto delle sole manifestazioni di intento a cedere un immobile;
- la durata pluriennale e continuativa di un contratto di locazione e la contestuale assenza di un qualunque atto di vendita, avente ad oggetto anche una sola parte dell'immobile, non consentono di considerare la locazione come un'attività sussidiaria rientrante nell'ambito di un'attività immobiliare di compravendita, ma la riconducono nell'ambito dell'attività tipica di una società immobiliare di gestione, a prescindere da qualsiasi qualificazione formale dell'attività d'impresa.

Il Ministero dell'Economia (risposta all'interrogazione parlamentare n. 5-03920 dell'8-9 febbraio 2005) ha, inoltre, precisato che nel novero dei fabbricati utilizzati direttamente nell'esercizio dell'impresa rientrano i fabbricati oggetto di una gestione attiva, la cui locazione viene fatta in connessione funzionale con una serie di servizi collegati.

Questa fattispecie di gestione attiva dei fabbricati può ricorrere nei casi di società che gestiscono gallerie commerciali se la locazione dell'immobile rappresenta uno degli elementi di un complesso di servizi comprendenti, ad esempio, la richiesta e la gestione di autorizzazioni amministrative, la pubblicità e la promozione degli spazi commerciali, la predisposizione di spazi comuni per i clienti e la manutenzione o la pulizia dei locali.

In buona sostanza, qualora la locazione degli immobili sia affiancata anche da servizi accessori di entità significativa (per cui il contratto non assume più la veste di un contratto di locazione o di affitto di ramo

d'azienda, bensì di prestazione di servizi integrati), gli immobili possono essere classificati tra i fabbricati utilizzati direttamente nell'esercizio dell'impresa. Al riguardo, nella circolare del n. 7/E del 29 marzo 2013, l'Agenzia delle Entrate ha precisato che «*deve trattarsi, a titolo esemplificativo, di servizi relativi alla richiesta e gestione delle autorizzazioni amministrative [i.e. licenze commerciali per lo svolgimento delle attività nei singoli negozi], alla gestione amministrativa e finanziaria relativa alle attività svolte all'interno del complesso immobiliare, alla promozione e pubblicità degli spazi commerciali, alla predisposizione di attrezzature necessarie al funzionamento dei singoli immobili, allo svolgimento di tutte le complesse attività relative all'organizzazione e pubblicizzazione dei negozi, alla manutenzione e alla pulizia delle aree comuni interne ed esterne, alla gestione dell'utilizzo di mezzi di trasporto volti a favorire i potenziali clienti nel raggiungimento del complesso immobiliare, alla predisposizione di spazi comuni che favoriscano l'intrattenimento dei clienti, alle attività di animazione, di vigilanza e di gestione dei parcheggi*»).

Nella norma di comportamento n. 166, l'Associazione italiana dottori commercialisti ha precisato che l'affermazione secondo cui i fabbricati concessi in locazione non si considerano utilizzati direttamente nell'esercizio d'impresa deve essere verificata assumendo a riferimento le modalità attraverso le quali viene svolta l'attività da parte della società partecipata.

In particolare, a tal fine, è necessario verificare se la società partecipata sia una immobiliare di pura gestione oppure se gli immobili dalla stessa detenuti siano strumentali per la prestazione di più ampi servizi. Qualora gli immobili detenuti dalla partecipata siano utilizzati ai fini della prestazione di più ampi servizi, secondo l'Associazione italiana dottori commercialisti sarebbe possibile usufruire del regime di esenzione previsto dall'articolo 87 del Tuir.

Sempre secondo l'Adc, il regime della participation exemption è applicabile alle **immobiliari di costruzione e compravendita**, a condizione che l'attività d'impresa sia effettivamente diretta alla produzione o alla compravendita degli immobili dalle stesse detenuti. In questi casi l'attività di locazione assumerà carattere occasionale o strumentale ad un miglior realizzo degli immobili medesimi (occorrerà, quindi, verificare come l'utilizzo del patrimonio immobiliare influenzi l'attività di fatto esercitata e l'effettiva destinazione economica degli immobili della partecipata, esaminando se la locazione del patrimonio immobiliare possa essere effettivamente considerata sussidiaria rispetto alle attività di costruzione e compravendita).

La stessa norma di comportamento n. 166 ha altresì previsto una serie di casi in cui è possibile beneficiare del regime di esenzione, ovvero:

- il possesso di un fabbricato cielo terra (in questa ipotesi risulta più vantaggioso, dal punto di vista economico, locarlo al fine di rendere più appetibile l'acquisto in blocco da parte di investitori, quali fondi d'investimento, fondi pensione o imprese di assicurazione);
- l'esistenza di una pluralità di unità immobiliari detenute in una pluralità di fabbricati (in caso di cessione di singole unità immobiliari, occorrerà tenere conto dei vincoli derivanti dalla presenza o meno di un locatario, in quanto la cessione delle unità immobiliari sarà facilitata nel merito in cui si renderanno libere. In questa ipotesi diventa, quindi, irrilevante la durata dell'attività di locazione, anche in assenza di atti di vendita degli immobili medesimi);
- la presenza di ripetuti atti di compravendita (in questo caso non può assumere valenza assoluta il fatto che in un determinato momento gli immobili posseduti siano in prevalenza locati).

In merito alla verifica del requisito della commercialità, la relazione al decreto ministeriale prevede, per le società immobiliari, la necessità di confrontare il valore degli immobili con quello dell'intero patrimonio sociale, considerando altresì gli avviamenti positivi e negativi anche se non iscritti. Ai fini della verifica di prevalenza degli immobili, l'entità del patrimonio rilevante deve essere assunta a valori correnti e non in base a quelli contabili.

Al riguardo, Assonime (circolare n. 38/2005) ha osservato che la necessità di valutare le componenti patrimoniali delle società partecipate in base ai relativi valori correnti comporta la necessità di sostenere notevoli oneri di gestione correlati alla conseguente predisposizione di apposite perizie di stima. Inoltre, in questo caso, stante la necessità di stimare gli avviamenti positivi e negativi anche se non iscritti, è presumibile

che si lascino ampi spazi per operare valutazioni soggettive, generando così possibili contenziosi con l'Amministrazione finanziaria.

A livello operativo, il confronto interessa il valore degli immobili da un lato ed il totale dell'attivo di stato patrimoniale dall'altro (ovviamente, entrambi i valori devono essere, quindi, espressi a valori correnti).

In buona sostanza, il calcolo da effettuare per valutare la prevalenza o meno degli immobili di mero godimento ovvero dei cosiddetti "beni investimento" è costituito dal seguente rapporto:

- al numeratore: il valore corrente degli immobili (diversi da quelli alla cui produzione o al cui scambio è effettivamente diretta l'attività dell'impresa) e degli impianti e fabbricati utilizzati direttamente nell'esercizio dell'impresa stessa;
- al denominatore: il valore corrente del totale dell'attivo patrimoniale.

Entrambe le componenti del rapporto devono essere assunte al netto di eventuali elementi che possono incidere sia negativamente sia positivamente sull'entità del rapporto stesso, quali, ad esempio, l'iscrizione di un'ipoteca su un immobile oppure l'inclusione di un terreno agricolo in un piano di fabbricazione.

La verifica del requisito della commercialità implica che, nel corso del triennio precedente al realizzo della plusvalenza, il patrimonio della società partecipata non sia mai costituito in misura prevalente da beni immobili diversi da quelli alla cui produzione o al cui scambio è effettivamente diretta l'attività dell'impresa, nonché dagli impianti e fabbricati utilizzati direttamente nell'esercizio d'impresa.

La norma contenuta nell'articolo 87, comma 1, lettera d) del Tuir fa riferimento ai fabbricati che sono utilizzati direttamente nell'esercizio dell'impresa. L'Agenzia delle Entrate (circolare n. 10/E del 16 marzo 2005) ha chiarito che il mancato riferimento all'esclusività dell'utilizzo consente di includere tra i fabbricati direttamente utilizzati anche quelli che sono utilizzati promiscuamente per l'esercizio dell'attività d'impresa e per le esigenze personali e familiari dei soci o associati, per la parte che, secondo le norme del Tuir, può considerarsi destinata alle finalità dell'impresa.

Pertanto, il 50% del valore dell'immobile promiscuo non rientrerà nel numeratore del rapporto visto in precedenza.

Ovviamente, il 50% dell'immobile che è da considerarsi estraneo all'attività d'impresa farà parte del patrimonio che, non essendo direttamente utilizzato nell'esercizio d'impresa, influirà sulla natura commerciale o meno della società partecipata.

Per quanto riguarda il requisito della commercialità, con la risoluzione n. 323/E del 9 novembre 2007, l'Agenzia delle Entrate ha precisato che, per le società che detengono immobili da ristrutturare destinati all'utilizzo diretto, il calcolo del triennio inizia a decorrere soltanto dopo il completamento dei lavori e l'avvio effettivo dell'attività di impresa. Pertanto, solamente dopo questo momento, l'immobile oggetto di ristrutturazione può essere considerato immobile strumentale direttamente utilizzato nell'attività di impresa. Solo attraverso il diretto utilizzo è possibile escludere l'immobile dal novero di quelli che qualificano la società partecipata quale società non commerciale. Sempre secondo l'Agenzia delle Entrate, non è possibile considerare direttamente utilizzato nell'attività d'impresa l'immobile che si trova in fase di adattamento allo scopo per cui sarà destinato.

3.1. La locazione nelle società immobiliari

Con riferimento alla precisazione che è stata fornita dall'Agenzia delle Entrate (secondo cui i fabbricati concessi in locazione o godimento, anche attraverso contratti di affitto d'azienda, non devono considerarsi utilizzati nell'esercizio di impresa), occorre precisare che questa penalizzazione non può valere in senso assoluto per tutte le società immobiliari, ma occorre effettuare una distinzione tra le società immobiliari in base al tipo di attività effettuata da quest'ultime.

Inoltre, l'orientamento che è stato espresso dall'Amministrazione Finanziaria non può valere per quegli immobili alla cui produzione o al cui scambio è effettivamente diretta l'attività d'impresa, ma, come detto in precedenza, soltanto per quella categoria di immobili definiti quali "beni investimento".

In base al tipo di attività svolta, è possibile distinguere tra:

- società immobiliari di costruzione: la cui attività prevalente è costituita dalla costruzione e/o ristrutturazione di immobili destinati alla vendita;
- società immobiliari di compravendita: la cui attività prevalente consiste nell'acquisto e successiva cessione di immobili;
- società immobiliari di gestione: la cui attività prevalente è costituita dalla gestione di patrimoni immobiliari attraverso, ad esempio, la concessione di immobili in locazione.

Da quanto sopra deriva quindi che la precisazione fornita dalla circolare n. 36/E del 2004, riguardante la penalizzazione per i fabbricati concessi in locazione, dovrebbe valere solamente per le società immobiliari di gestione, mentre non dovrebbe trovare applicazione per le società immobiliari di costruzione e per quelle di compravendita (infatti, per le società immobiliari di costruzione e per quelle di compravendita la concessione di immobili in locazione rientra, solitamente, nell'attività tipica svolta dalle imprese; normalmente le società immobiliari non di gestione, in attesa di trovare un possibile acquirente dell'immobile, concedono l'immobile stesso in locazione a soggetti terzi).

4. LE HOLDING

In merito all'applicabilità del regime di esenzione alle plusvalenze realizzate a seguito della cessione di partecipazioni detenute in società holding (ovvero le società che hanno per oggetto esclusivo o prevalente della propria attività l'assunzione di partecipazioni), è necessario fare riferimento alla specifica disposizione normativa prevista dall'articolo 87, comma 5 del Tuir.

In particolare, è previsto che per le partecipazioni detenute in società la cui attività consiste in via esclusiva o prevalente nell'assunzione di partecipazioni, i requisiti relativi alla residenza fiscale e all'esercizio di un'impresa commerciale da parte della società partecipata si riferiscono alle società indirettamente partecipate, e si verificano quando entrambi i requisiti sussistono nei confronti delle partecipate che rappresentano la maggior parte del valore del patrimonio sociale della società partecipante.

Pertanto, la verifica dei requisiti di commercialità e di residenza in Paesi non rientranti nella black list deve essere effettuata in modo indiretto, ovvero deve essere svolta ad un livello inferiore rispetto alla società holding, e cioè in capo a quelle società che sono partecipate, direttamente o indirettamente, dalla holding stessa ed in capo alle relative stabili organizzazioni.

In buona sostanza, affinché vengano rispettati in capo alle partecipate i requisiti per poter fruire del regime di esenzione, è necessario seguire le seguenti tappe:

- 1) verificare le caratteristiche tipiche di una società holding in capo alla società di cui si intende cedere le partecipazioni;
- 2) verificare in capo alla società partecipante i due requisiti soggettivi relativi al periodo minimo di possesso e alla classificazione delle partecipazioni tra le immobilizzazioni finanziarie nel primo bilancio chiuso durante il periodo di possesso;
- 3) verificare in capo alle società partecipate dalla holding (quindi ad un livello inferiore rispetto alla società partecipante) entrambi i requisiti oggettivi relativi alla residenza fiscale in Paesi diversi da quelli a regime fiscale privilegiato e all'esercizio di un'impresa commerciale ai sensi dell'articolo 55 del Tuir.

Affinché la partecipazione in una holding possa fruire della participation exemption, è necessario verificare che la holding stessa, nel corso del triennio precedente al realizzo, abbia detenuto partecipazioni in società che presentano i requisiti della residenza fiscale e della commercialità previsti dall'articolo 87, comma 1, lettere c) e d) del Tuir (circolare Agenzia Entrate n. 10/E del 16 marzo 2005).

La circolare n. 7/E del 29 marzo 2013, ha confermato che la previsione contenuta nel comma 5 dell'articolo 87 del Tuir si qualifica come norma di sistema e, in quanto tale, non risulta disapplicabile (spetta pertanto

al contribuente l'onere della prova in merito alla verifica dei requisiti richiesti dalla norma in oggetto sulle società partecipate in via indiretta).

Per valutare le caratteristiche tipiche di una società holding, occorre verificare che l'oggetto esclusivo o prevalente dell'attività esercitata sia costituito dall'assunzione di partecipazioni. Anche per questo tipo di verifica occorre, quindi, mettere a confronto il valore corrente delle partecipazioni con quello dell'intero patrimonio sociale, considerando anche gli avviamenti positivi e negativi anche se non iscritti.

Nello specifico, la condizione dell'esclusività o prevalenza dell'attività di assunzione di partecipazioni deve essere verificata solamente al momento della cessione della partecipazione e non deve sussistere ininterrottamente per il triennio previsto dal comma 2 dell'articolo 87 del Tuir (circolare Agenzia Entrate n. 10/E del 16 marzo 2005). Il vincolo temporale triennale deve sussistere solo per i requisiti previsti dalle lettere c) e d) del comma 1 dell'articolo 87 del Tuir.

Pertanto, nel caso in cui l'attività di assunzione di partecipazioni sia divenuta prevalente solo nel corso del triennio, si deve verificare la sussistenza dei requisiti della commercialità e della residenza fiscale anche direttamente in capo alla società attualmente holding sin dall'inizio del terzo periodo d'imposta anteriore a quello del realizzo della plusvalenza.

Nel prosieguo si procederà all'analisi di due casi tipici:

- holding pure, ovvero società holding che detengono partecipazioni in via esclusiva, e
- holding miste, ovvero società che oltre a detenere partecipazioni svolgono anche altri tipi di attività.

4.1. Le holding pure

Nel caso di società holding pure si configura quanto segue:

- una società X possiede partecipazioni, iscritte in bilancio tra le immobilizzazioni finanziarie, in una società holding Y;
- l'attività prevalente della società holding Y consiste nella detenzione e gestione di partecipazioni detenute in altre società.

Se la società partecipante X cede la propria partecipazione detenuta nella società holding Y, per poter fruire del regime della participation exemption occorre verificare che le società partecipate indirettamente dalla società X tramite la società holding Y, ovvero le società direttamente partecipate dalla holding stessa, siano in possesso di entrambi i seguenti requisiti oggettivi previsti dalle lettere c) e d) del comma 1 dell'articolo 87 del Tuir:

- esercizio di un'effettiva attività commerciale e
- residenza in Paesi non facenti parte della cosiddetta black list.

Per verificare la presenza di questi requisiti si rende necessaria l'adozione di un criterio di prevalenza. Occorre, quindi, mettere a confronto il valore totale, espresso a valori correnti, delle partecipazioni detenute nelle società direttamente partecipate dalla società holding Y ed il valore complessivo, espresso sempre a valori a correnti, dell'attivo patrimoniale della holding stessa. Se questo rapporto risulta superiore al 50%, prevalgono i requisiti per l'esenzione e, di conseguenza, la cessione delle partecipazioni detenute nella holding Y da parte della società X beneficerà del regime di esenzione previsto dall'articolo 87 del Tuir (circolare n. 36/2004).

Al riguardo, nella circolare n. 7/E del 29 marzo 2013, l'Agenzia delle Entrate ha fornito un'interpretazione, svincolata dal tenore letterale della norma, per le holding localizzate in Paesi black list. In particolare la citata circolare ha precisato che, a prescindere dal tipo di partecipazione (qualificata o non qualificata) detenuta dalla holding estera black list, ai fini del riconoscimento del regime di esenzione sulla plusvalenza realizzata dalla cessione della partecipazione detenuta nella holding, il socio residente in Italia è tenuto a verificare il requisito della residenza in uno Stato a fiscalità ordinaria (articolo 87, comma 1, lettera c, del

Tuir) mediante la presentazione di una istanza di interpello secondo le modalità previste dall'articolo 167, comma 5, lettera b) del Tuir, dimostrando che sin dall'inizio del periodo di possesso della partecipazione nella holding, il reddito di quest'ultima è formato per almeno il 75% da redditi prodotti (e tassati in via ordinaria) in Stati white list.

L'obbligo dell'interpello non sussiste solamente nel caso in cui il reddito della holding sia stato tassato per trasparenza in capo al socio residente in Italia, sin dall'inizio del periodo di possesso, in base alla disciplina Cfc.

4.1.1. Le sub-holding

Un caso particolare è contraddistinto dalla presenza di una sub-holding all'interno della catena partecipativa.

Nell'ipotesi in cui la società holding di cui vengono cedute le partecipazioni non detenga solamente partecipazioni dirette in altre società, ma possieda anche una partecipazione in una sub-holding che, a sua volta, partecipa direttamente in altre società appartenenti ad un livello inferiore, per poter verificare se la società holding possiede i requisiti per l'esenzione occorrerà estendere l'analisi anche alla sub-holding.

In sostanza, adottando il medesimo criterio descritto in precedenza nel caso di holding pure, occorrerà verificare il rispetto dei requisiti di residenza fiscale e di esercizio di un'impresa commerciale in capo alle società partecipate dell'ultimo livello (ovvero le società partecipate dalla sub-holding).

La circolare n. 36/E del 2004 ha, infatti, chiarito che dovendo verificare la prevalenza del valore delle partecipazioni possedute da una società holding in una sub-holding, occorrerà valutare anche le partecipazioni possedute da quest'ultima.

Per una corretta determinazione dei requisiti in capo alla holding, sottolinea sempre la circolare, è necessario che venga eliminato lo schermo costituito dalla sub-holding, in modo tale che le società partecipate in via indiretta possano riflettere pro quota i propri requisiti di residenza fiscale e di commercialità direttamente in capo alla società holding di primo livello.

In sostanza, i requisiti della residenza fiscale in Paesi non black list e dell'esercizio di un'impresa commerciale devono essere verificati in capo alle società partecipate in via indiretta, come anche in capo alle eventuali stabili organizzazioni.

La citata circolare n. 36/E ha chiarito che anche per le stabili organizzazioni la quantificazione del valore del patrimonio sociale, ai fini della verifica del rispetto dei requisiti di tipo oggettivo, deve essere effettuata a valori correnti e non a valori contabili.

4.2. Le holding miste

L'ultima fattispecie, e sicuramente anche quella più diffusa, è quella in cui la società holding svolge in proprio anche attività produttive.

È questo il caso della cosiddetta holding mista, ovvero quella società che solamente in via prevalente esercita l'attività di assunzione di partecipazioni.

In questa ipotesi, quando vengono cedute le partecipazioni detenute nella società holding, il confronto dei valori deve comprendere necessariamente anche gli elementi dell'attivo impiegati direttamente nell'attività commerciale.

L'Agenzia delle Entrate, con la circolare n. 36/E del 2004, ha, infatti, affermato che per la holding mista anche il patrimonio investito in attività non finanziarie (commerciali e non) deve essere valutato, ai fini dell'attribuzione della qualifica di commercialità, a valori correnti.

5. LE OPERAZIONI STRAORDINARIE

Di seguito verranno illustrati gli effetti prodotti da ciascuna operazione straordinaria coinvolgente la società partecipante e quelle partecipate in relazione alla verifica dei requisiti di tipo soggettivo (da valutare in capo al soggetto partecipante) ed oggettivo (da valutare in capo alle società partecipate) che permettono di fruire del regime di esenzione delle plusvalenze realizzate.

In particolare, si procederà all'analisi delle seguenti operazioni straordinarie:

- conferimento d'azienda in regime di neutralità;
- conferimento d'azienda con realizzo;
- fusione;
- scissione;
- trasformazione,

valutando, caso per caso, gli effetti prodotti in relazione ai seguenti requisiti:

- il periodo minimo di possesso;
- l'iscrizione tra le immobilizzazioni finanziarie;
- la residenza fiscale;
- l'esercizio dell'impresa commerciale.

5.1. Il conferimento d'azienda

A decorrere dal 1° gennaio 2008, per effetto delle modifiche operate dall'articolo 1, comma 46, lettera c, legge n. 244/2007, il conferimento d'azienda non può più essere effettuato mediante l'applicazione del c.d. "regime realizzativo" ai sensi dell'articolo 175 Tuir, ma soltanto in regime di neutralità ai sensi dell'articolo 176 Tuir. In particolare, in virtù di quest'ultima disposizione:

- il soggetto conferente deve assumere, quale valore delle partecipazioni ricevute, l'ultimo valore fiscalmente riconosciuto dell'azienda conferita e il soggetto conferitario subentra nella posizione di quello conferente in ordine agli elementi dell'attivo e del passivo dell'azienda stessa, facendo risultare da apposito prospetto di riconciliazione della dichiarazione dei redditi i dati esposti in bilancio ed i valori fiscalmente riconosciuti (articolo 176, comma 1, Tuir);
- le aziende acquisite in dipendenza di conferimenti effettuati in regime di neutralità si considerano possedute dal soggetto conferitario anche per il periodo di possesso del soggetto conferente, mentre le partecipazioni ricevute dai soggetti che hanno effettuato il conferimento in neutralità fiscale si considerano iscritte come immobilizzazioni finanziarie nei bilanci in cui risultavano iscritti i beni dell'azienda conferita o in cui risultavano iscritte, tra le immobilizzazioni, le partecipazioni date in cambio.

5.1.1. Effetti sui requisiti soggettivi con conferimento che coinvolge la partecipante

In virtù del principio della continuità nel possesso dell'azienda oggetto di conferimento, come anche per i beni e le partecipazioni conferite, la circolare n. 36/E afferma che il soggetto conferitario, in sede di verifica del requisito temporale del periodo minimo di possesso, deve tenere anche conto del periodo di possesso già maturato in capo al soggetto conferente.

Per quanto riguarda, invece, l'iscrizione delle partecipazioni tra le immobilizzazioni finanziarie, in virtù del principio di continuità stabilito dall'articolo 176 del Tuir e allo scopo di impedire che attraverso un'operazione societaria fiscalmente neutra venga modificata l'iscrizione originaria in bilancio della

partecipazione, l'Amministrazione Finanziaria ritiene che il soggetto conferitario non possa modificare la classificazione in bilancio della partecipazione così come risultante dal bilancio del soggetto conferente.

5.1.2. Effetti sui requisiti soggettivi con conferimento che coinvolge la partecipata

Ai sensi dell'articolo 176, comma 4 del Tuir citato in precedenza, nei conferimenti effettuati in regime di neutralità fiscale le partecipazioni ricevute dal conferente, in cambio di quanto conferito, si considerano iscritte tra le immobilizzazioni finanziarie nei bilanci in cui risultavano iscritti i beni facenti parte dell'azienda conferita oppure nei bilanci in cui risultavano iscritte tra le immobilizzazioni finanziarie le partecipazioni date in cambio.

Di conseguenza, qualora si decida di modificare in bilancio la classificazione delle partecipazioni ricevute in cambio dell'azienda conferita, ai fini della verifica del requisito dell'iscrizione tra le immobilizzazioni finanziarie per poter fruire della participation exemption, occorrerà fare riferimento all'originaria iscrizione in bilancio, a nulla influendo successive modificazioni della classificazione delle partecipazioni.

Pertanto, in virtù del principio di successione tipico delle operazioni societarie fiscalmente neutre, quali, ad esempio, fusione e scissione, in caso di conferimento di azienda o di ramo d'azienda in regime di neutralità fiscale ai sensi dell'articolo 176 del Tuir, la partecipazione ricevuta in cambio dal soggetto conferente viene assunta in carico con un'anzianità pari a quella posseduta dall'azienda o ramo d'azienda oggetto del conferimento.

In sostanza, nei conferimenti effettuati in regime di neutralità fiscale, ai fini della qualificazione per poter applicare il regime di esenzione previsto dall'articolo 87 del Tuir, alle partecipazioni ricevute in cambio del conferimento effettuato si trasmettono:

- il precedente periodo di possesso dell'azienda conferita
- e
- la classificazione in bilancio tra le immobilizzazioni finanziarie in tutti i bilanci in cui risultavano iscritti i beni oggetto di conferimento.

5.1.3. Effetti sui requisiti oggettivi con conferimento che coinvolge la partecipante

Ai sensi dell'articolo 87, comma 2 del Tuir, i requisiti oggettivi previsti dalle lettere c) e d) del comma 1 dell'articolo 87 del Tuir, ovvero:

- la residenza fiscale della società partecipata in Paesi non facenti parte della cosiddetta black list e
- l'esercizio di impresa commerciale da parte della società partecipata,

devono sussistere ininterrottamente, al momento del realizzo della plusvalenza, almeno dall'inizio del terzo periodo d'imposta anteriore al realizzo stesso.

Pertanto, come sottolineato dalla circolare n. 36/E, sono irrilevanti sia eventuali passaggi intermedi sia eventuali operazioni straordinarie, fiscalmente neutre e non, che abbiano interessato il soggetto partecipante durante il periodo triennale di monitoraggio della partecipazione oggetto di cessione.

5.1.4. Effetti sui requisiti oggettivi con conferimento che coinvolge la partecipata

La circolare n. 36/E del 2004 non ha chiarito in modo esplicito le modalità di applicazione del requisito triennale previsto dall'articolo 87, comma 2 del Tuir in presenza di conferimenti effettuati in regime di neutralità fiscale ai sensi dell'articolo 176 del Tuir al fine di poter fruire del regime di esenzione totale o parziale della plusvalenza realizzata nel caso di successiva cessione della partecipazione ricevuta in cambio.

Pertanto, nell'ipotesi in cui una società di capitali conferisca la propria azienda in una società di nuova o recente costituzione, non è chiaro quali siano gli effetti dell'operazione ai fini della verifica dei requisiti oggettivi per l'applicazione del regime di participation exemption in caso di successiva cessione delle partecipazioni nella conferitaria da parte della società conferente, anche qualora la conferitaria non abbia esercitato un'attività commerciale nel periodo precedente il conferimento.

In relazione alla verifica dei requisiti oggettivi in caso di operazioni straordinarie coinvolgenti la società partecipata, l'Agenzia delle Entrate ha precisato che le conseguenze sui requisiti oggettivi che permettono di poter fruire del regime di esenzione devono essere valutate sulla base anche della disposizione antielusiva contenuta nell'articolo 87, comma 2 del Tuir, secondo cui i requisiti della residenza fiscale e dell'esercizio di un'impresa commerciale devono sussistere ininterrottamente, al momento del realizzo della plusvalenza, almeno dall'inizio del terzo periodo d'imposta anteriore al realizzo stesso.

Per effetto di questa norma antielusiva, l'Amministrazione Finanziaria, con la circolare n. 36/E, ha specificato che, in caso di operazioni straordinarie, non è possibile applicare quanto previsto per le società neo-costituite, ovvero che, nel caso in cui la società partecipata sia costituita da meno di tre anni, è possibile verificare la presenza dei requisiti oggettivi solamente per il periodo di tempo intercorso tra l'atto costitutivo e la cessione della partecipazione.

La citata circolare n. 36/E precisa che quando la nascita di un nuovo soggetto (ciò vale anche, come si vedrà successivamente, in caso di fusione o scissione in soggetti già esistenti) deriva da un'operazione di riorganizzazione societaria occorrerà tenere conto delle caratteristiche del dante causa per verificare nel triennio precedente, ai sensi del comma 2 dell'articolo 87 del Tuir, i requisiti della residenza fiscale in Paesi non black list e della commercialità.

In sostanza, il principio di continuità è strettamente correlato a quello della successione fiscale che caratterizza le operazioni di riorganizzazione societaria; di conseguenza, si dovranno valutare retroattivamente in capo ai soggetti preesistenti entrambi i requisiti oggettivi della residenza fiscale e della commercialità.

A tale scopo occorrerà confrontare i patrimoni netti effettivi delle società coinvolte nell'operazione sin dall'inizio del terzo periodo d'imposta anteriore al realizzo della partecipazione; non risulta, però, chiaro se per valore del patrimonio netto effettivo si debba intendere il valore corrente oppure quello risultante dal bilancio.

Infine, qualora la società conferitaria dovesse essere stata costituita da meno di tre anni, occorrerà considerare il periodo di possesso dell'azienda conferita sia in capo al soggetto conferente sia in capo al conferitario. Se, tuttavia, il periodo di possesso complessivo dovesse risultare ancora inferiore ai tre anni, si dovrebbe comunque fare riferimento a quanto specificato dalla circolare n. 36/E in tema di società neo-costituite, ovvero si dovrebbe considerare il minor periodo di tempo intercorso tra l'atto costitutivo della società conferente e la cessione della partecipazione detenuta nella conferitaria da parte della conferente.

Secondo la tesi dell'Agenzia delle Entrate, in modo analogo alla scissione di un ramo aziendale con beneficiaria di nuova costituzione, in caso di conferimento in regime di neutralità fiscale (ai sensi dell'articolo 176 del Tuir) di un ramo d'azienda avente natura commerciale da parte di un soggetto conferente avente un patrimonio prevalentemente non commerciale in una società conferitaria di nuova costituzione, la verifica del requisito della commercialità deve essere condotta retroattivamente anche in capo al soggetto conferente preesistente, tenendo quindi conto dell'intero patrimonio della società conferente prima dell'effettuazione dell'operazione di conferimento. Secondo questa tesi, verrebbe quindi negata l'immediata esenzione della plusvalenza realizzata in seguito alla cessione delle partecipazioni ricevute dal soggetto conferente per effetto del conferimento del ramo d'azienda.

Di conseguenza, si potrà beneficiare del regime di esenzione solamente se alla società conferitaria viene attribuito un ramo d'azienda commerciale originariamente appartenente ad una società con un patrimonio prevalentemente di natura commerciale. In caso, invece, di trasferimento di ramo commerciale da parte di una società con un patrimonio in prevalenza non commerciale, occorrerà attendere il decorso dei tre anni per poter usufruire del regime di esenzione.

Al riguardo, nella circolare del 2005, n. 38, Assonime ha espresso un parere difforme, affermando che il patrimonio della società conferitaria deve essere considerato in modo unificato con quello della società conferente, ma solamente in relazione alla parte di quest'ultimo che viene trasferita in capo alla conferitaria. Di conseguenza, in caso di conferimento in una conferitaria di nuova costituzione, ai fini della verifica del requisito della commercialità, dovrebbe rilevare solamente il ramo d'azienda conferito.

5.2. Conferimento di partecipazioni

L'articolo 175 del Tuir disciplina il regime fiscale dei conferimenti di partecipazioni di controllo o di collegamento. Al riguardo si segnala che, per effetto delle modifiche introdotte dall'articolo 1, comma 46, lettera c), legge n. 244/2007, a decorrere dal 1° gennaio 2008, l'articolo 175 del Tuir disciplina esclusivamente i conferimenti di partecipazioni di controllo e di collegamento e non più anche i conferimenti di aziende in regime realizzativi ai sensi dell'articolo 2359 codice civile. Di conseguenza, anche per queste operazioni, l'eventuale plusvalenza deve essere determinata assumendo a riferimento (quale "valore di realizzo") il maggiore tra il valore assegnato alle partecipazioni apportate nelle scritture contabili del soggetto conferitario e quello assegnato alle partecipazioni ricevute dal soggetto conferente.

Il valore di realizzo così determinato deve essere successivamente confrontato con il costo fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni allo scopo di determinare la plusvalenza da assoggettare a tassazione in base alla disciplina prevista dall'articolo 86 Tuir ovvero (sussistendone le condizioni) in base all'articolo 87 del Tuir (in questo senso si veda la risoluzione Agenzia delle Entrate 22 febbraio 2008 n. 60/E).

In altri termini, l'emersione di materia imponibile in conseguenza delle operazioni di conferimento disciplinate dal comma 1 dell'articolo 175 del Tuir non è automatica ma è rimessa, sia nell'an che nel quantum, alla discrezione del soggetto conferente e del soggetto conferitario (la norma consente, infatti, a scelta delle parti, di optare per una completa irrilevanza dell'operazione ai fini impositivi – ove le partecipazioni ricevute vengano iscritte ai valori fiscali di partenza – OVV ero per un risultato di parziale agevolazione, ove la plusvalenza venga fatta emergere ma non per il suo intero ammontare).

5.2.1. Ambito soggettivo

La disciplina in esame risulta applicabile ai conferimenti di partecipazioni di controllo o di collegamento (ai sensi dell'articolo 2359 codice civile) operati tra soggetti residenti in Italia nell'esercizio di imprese commerciali (articolo 175, comma 1, del Tuir). A tale riguardo, quindi:

- il conferente può essere una società di capitali, una società di persone o un'impresa individuale;
- il conferitario può essere sia una società di persone sia una società di capitali.

Per quanto riguarda l'individuazione delle partecipazioni interessate da queste disposizioni, nella circolare 19 dicembre 1997, n. 320/E, l'Agenzia delle Entrate ha chiarito l'impossibilità di assumere a riferimento il controllo derivante da condizioni contrattuali. Oltre a quanto sopra è stata sottolineata la necessità che sussistano i seguenti requisiti:

- il cedente deve avere il controllo o il collegamento mediante il possesso di una partecipazione;
- il requisito del controllo o del collegamento deve essere esercitato interamente attraverso la partecipazione;
- il cessionario deve acquisire il controllo o il collegamento per effetto della cessione;
- per effetto della cessione il cedente deve perdere il controllo ma non necessariamente il collegamento;
- in caso di partecipazione di controllo la quota ceduta può anche non essere oggettivamente una quota di controllo purché mediante la stessa il cessionario sia in grado di acquisire il controllo;
- in caso di partecipazioni di collegamento la quota ceduta deve essere anche oggettivamente di collegamento;

- i sopra citati requisiti devono verificarsi singolarmente o in ciascuna operazione.

5.2.2. Le altre partecipazioni

Il comma 2 dell'articolo 175 del Tuir prevede, invece, una norma finalizzata ad evitare un utilizzo distorto della norma speciale contenuta al comma 1.

Per effetto di questa disposizione, nell'ipotesi di conferimento di partecipazioni di controllo o di collegamento, la relativa plusvalenza deve essere determinata in base al valore normale determinato ai sensi dell'articolo 9, comma 4, del Tuir quando si realizzano due condizioni, ovvero:

- oggetto del conferimento è una partecipazione priva dei requisiti dell'esenzione stabiliti dalle lettere b), c) e d) del comma 1 dell'articolo 87 del Tuir;
- a fronte di questa operazione il conferente riceve una partecipazione che soddisfa i requisiti stabiliti dalle lettere b), c) e d) del comma 1 dell'articolo 87 del Tuir (fatto salvo, quindi, il requisito relativo alla durata di possesso minimo della stessa che, infatti, potrà maturare in capo al soggetto conferente stesso).

La sopra citata disposizione ha una finalità antielusiva. Infatti, se il conferente, a fronte del conferimento di una partecipazione priva dei requisiti applicativi della participation exemption ricevesse una partecipazione potenzialmente esente e la iscrivesse al medesimo valore di libro del bene conferito, oltre a vedere sterilizzata la plusvalenza da conferimento, nel caso di successiva cessione della partecipazione ricevuta, realizzerebbe un salto d'imposta potendo cedere in esenzione il plusvalore realizzato. La norma prevista dal comma 2 dell'articolo 175 è, quindi, finalizzata ad evitare che questo effetto possa verificarsi, prevedendo espressamente che, nel caso in cui il soggetto conferisca partecipazioni di controllo o di collegamento per le quali è precluso l'accesso al regime di esenzione previsto dall'articolo 87 del Tuir e riceva in cambio partecipazioni che hanno i requisiti per accedervi, la disciplina prevista dall'articolo 175 del Tuir non è applicabile e, di conseguenza, l'operazione risulta immediatamente tassabile (come ipotesi di realizzo) in base al relativo valore normale ai sensi dell'articolo 9 del Tuir.

Nella seguente tabella riepiloghiamo il diverso trattamento fiscale applicabile all'operazione di conferimento di partecipazioni di controllo o di collegamento anche alla luce dei chiarimenti forniti dall'Agenzia delle Entrate nella risoluzione 22 febbraio 2008, n. 60/E (in precedenza sull'argomento in esame si veda anche la circolare Assonime 6 luglio 2005, n. 38).

Partecipazione conferita	Partecipazione ricevuta dal conferente	Determinazione della plusvalenza	Tassazione della plusvalenza
PEX	PEX	Valore di realizzo (*) – costo fiscale partecipazione conferita (art. 175, comma 1, Tuir)	Articolo 87 Tuir
PEX (tranne possesso minimo)	PEX (tranne possesso minimo)	Valore di realizzo (*) –	Articolo 87 Tuir

		costo fiscale partecipazione conferita (art. 175, comma 1, Tuir)	
NO PEX	PEX (tranne possesso minimo)	Valore normale (ex art. 9, comma 4, Tuir) – costo fiscale partecipazione conferita (art. 175, comma 2, Tuir)	Articolo 86 Tuir
NO PEX	NO PEX	Valore di realizzo (*) – costo fiscale partecipazione conferita (art. 175, comma 1, Tuir)	Articolo 86 Tuir
<p>Ovvero il maggiore tra:</p> <ul style="list-style-type: none"> – il valore attribuito (dalla conferente) alla partecipazione ricevuta in cambio della partecipazione conferita iscritta nella contabilità del soggetto conferente; – il valore attribuito alle partecipazioni conferite ed iscritto nella contabilità del soggetto conferitario. 			

5.3. La fusione

5.3.1. Effetti sui requisiti soggettivi con fusione che coinvolge la partecipante

I principi di neutralità previsti per i conferimenti in regime di neutralità fiscale ai sensi dell'articolo 176, comma 4 del Tuir sono applicabili anche alle operazioni di fusione e scissione, il cui effetto è quello di generare una sostanziale continuità, ai fini fiscali, tra i soggetti partecipanti all'operazione stessa.

Pertanto, la società partecipante interessata all'operazione di fusione dovrà valutare il periodo di possesso delle partecipazioni tenendo anche conto del periodo di possesso già maturato in capo al dante causa, nonché della classificazione originaria in bilancio della partecipazione.

5.3.2. Effetti sui requisiti soggettivi con fusione che coinvolge la partecipata

L'operazione di fusione, essendo un'operazione fiscalmente neutra, genera una sostanziale continuità che si riflette anche sui requisiti soggettivi, previsti dalle lettere a) e b) del comma 1 dell'articolo 87 del Tuir, che devono essere rispettati per poter fruire del regime di esenzione della plusvalenza.

Pertanto, in caso di fusione, per poter verificare il rispetto dei requisiti occorre tenere in considerazione quanto stabilito, in tema di conferimenti neutrali, dai commi 1 e 4 dell'articolo 176 del Tuir.

Di conseguenza, si avrà che:

- per la società incorporante: le eventuali partecipazioni provenienti dalla società fusa manterranno l'anzianità di possesso maturata in capo alla stessa ed anche l'originaria classificazione in bilancio;
- per i soci della società incorporante: le azioni ricevute in cambio per effetto dell'operazione di fusione mantengono l'anzianità di possesso e la classificazione iniziale che avevano, presso i soci stessi, le azioni della società incorporata che sono state concambiate. Pertanto, qualora si decida di modificare la classificazione in bilancio delle nuove partecipazioni ricevute a seguito del concambio, queste si considerano comunque iscritte, ai fini dell'applicabilità del regime della participation exemption, nella medesima categoria delle vecchie partecipazioni concambiate.

In buona sostanza, nelle operazioni di fusione, ai fini della qualificazione per poter applicare il regime di esenzione previsto dall'articolo 87 del Tuir, alle nuove partecipazioni ricevute in concambio si trasmettono:

- il precedente periodo di possesso e
- la precedente classificazione in bilancio.

5.3.3. Effetti sui requisiti oggettivi con fusione che coinvolge la partecipante

In caso di operazioni di fusione, così come in caso di scissioni e di conferimenti neutrali, in relazione alla verifica dei requisiti oggettivi, non assumono rilevanza passaggi intermedi ed eventuali operazioni straordinarie, fiscalmente neutre e non, che abbiano interessato il soggetto partecipante durante il periodo triennale di monitoraggio.

Pertanto, qualora l'operazione di fusione coinvolga la società partecipante, non si producono effetti sui requisiti oggettivi, in quanto, come già visto in precedenza, questi vanno indagati in capo al soggetto partecipato.

5.3.4. Effetti sui requisiti oggettivi con fusione che coinvolge la partecipata

In relazione alla verifica dei requisiti oggettivi in caso di operazioni straordinarie coinvolgenti la società partecipata, le conseguenze sui requisiti oggettivi che permettono di poter fruire del regime di esenzione devono essere valutate sulla base anche della disposizione antielusiva contenuta nell'articolo 87, comma 2 del Tuir, secondo cui i requisiti della residenza fiscale e dell'esercizio di un'impresa commerciale devono sussistere ininterrottamente, al momento del realizzo della plusvalenza, almeno dall'inizio del terzo periodo d'imposta anteriore al realizzo stesso.

Per effetto di questa normativa antielusiva, in caso di operazioni straordinarie, non è possibile applicare quanto previsto per le società neo-costituite, ovvero verificare la presenza dei requisiti oggettivi solamente per il periodo di tempo intercorso tra l'atto costitutivo e la cessione della partecipazione.

In particolare, quando la nascita di un nuovo soggetto (quindi anche in caso di fusione pura) deriva da un'operazione di riorganizzazione societaria, occorrerà tenere conto delle caratteristiche del dante causa per verificare nel triennio precedente, ai sensi del comma 2 dell'articolo 87 del Tuir, il soddisfacimento dei requisiti della residenza fiscale in Paesi non black list e della commercialità.

In caso di fusione pura, ovvero con nascita di un nuovo soggetto, ed in caso di fusione per incorporazione, l'eventuale natura non commerciale di una delle società fuse non preclude che la partecipazione detenuta nella nuova società o in quella incorporante possa qualificarsi per l'esenzione.

In questo caso occorre valutare, in modo comparato, la consistenza dei patrimoni delle società fuse, in modo tale da poter verificare la possibilità che la nuova partecipazione possa qualificarsi per il regime di esenzione previsto dall'articolo 87 del Tuir.

Di conseguenza, la partecipazione detenuta nella nuova società può qualificarsi per il regime di esenzione solamente se la componente commerciale del patrimonio della nuova società sia prevalente, ovvero se il patrimonio apportato dalla società fusa non commerciale sia inferiore al 50% del patrimonio della società che risulta dalla fusione.

In sostanza, in caso di fusione per incorporazione oppure in caso di fusione pura, il maggior valore patrimoniale della società commerciale rispetto a quello della società non commerciale comporta che la nuova partecipazione detenuta nella società incorporante o in quella risultante dalla fusione possa qualificarsi per il regime di esenzione.

Si ricorda, inoltre, che la prevalenza della componente commerciale, ai sensi del comma 2 dell'articolo 87 del Tuir, deve sussistere ininterrottamente, al momento del realizzo della plusvalenza, almeno dall'inizio del terzo periodo d'imposta anteriore al realizzo stesso.

Qualora la cessione della nuova partecipazione ricevuta a seguito della fusione avvenga prima del decorso del periodo triennale a decorrere dalla data in cui è avvenuta la fusione stessa, occorre verificare che il requisito della commercialità sussista non solo in riferimento al periodo di possesso della partecipazione stessa nella società incorporante o in quella risultante dalla fusione, ma anche per il periodo precedente la fusione.

In definitiva, il requisito della commercialità può ritenersi soddisfatto se il valore del patrimonio della società commerciale fusa è risultato superiore a quello della società non commerciale per tutto il periodo triennale anteriore al realizzo della plusvalenza.

Alla luce di quanto sopra, l'Agenzia delle Entrate ha affermato che non è possibile qualificare per l'esenzione, nel momento in cui avviene la fusione, la nuova partecipazione detenuta nella società risultante dalla fusione o in quella incorporante nell'ipotesi in cui la società fusa di tipo commerciale, pur avendo un patrimonio prevalente rispetto alla società fusa di tipo non commerciale, sia stata costituita da meno di tre anni.

5.4. La scissione

5.4.1. Effetti sui requisiti soggettivi con scissione che coinvolge la partecipante

La medesima disciplina valida per le operazioni di fusione è applicabile anche alle operazioni di scissione. Pertanto, alle operazioni di scissione sono applicabili i principi di neutralità e continuità fiscale stabiliti per i conferimenti neutrali (articolo 176 del Tuir) e per le fusioni.

Di conseguenza, la società partecipante interessata all'operazione di scissione dovrà valutare il periodo di possesso delle partecipazioni tenendo anche conto del periodo di possesso già maturato in capo al dante causa, nonché della classificazione originaria in bilancio della partecipazione.

5.4.2. Effetti sui requisiti soggettivi con scissione che coinvolge la partecipata

L'operazione di scissione, così come la fusione, genera solamente una mera modifica della titolarità soggettiva del complesso aziendale trasferito.

In particolare, in caso di scissione della società partecipata in una o più beneficiarie già esistenti, il socio che possedeva azioni della società scissa riceve azioni di un nuovo soggetto giuridico (la beneficiaria).

Come sottolineato dalla circolare 36/E del 2004, alle azioni o quote della beneficiaria ricevute in cambio delle quote o azioni detenute nella scissa si trasmettono:

- l'anzianità del periodo di possesso e
- l'originaria classificazione in bilancio.

Di conseguenza, si avrà che:

- per la società beneficiaria: eventuali partecipazioni provenienti dalla società scissa manterranno l'anzianità di possesso maturata in capo alla stessa ed anche l'originaria classificazione in bilancio;
- per i soci della società beneficiaria: le azioni ricevute in cambio per effetto dell'operazione di scissione mantengono l'anzianità di possesso e la classificazione iniziale che avevano, presso i soci stessi, le azioni della società scissa che sono state concambiate.

Pertanto, qualora si decida di modificare la classificazione in bilancio delle nuove partecipazioni ricevute a seguito del concambio, queste si considerano comunque iscritte, ai fini dell'applicabilità del regime della participation exemption, nella medesima categoria delle vecchie partecipazioni concambiate.

5.4.3. Effetti sui requisiti oggettivi con scissione che coinvolge la partecipante

Come già visto per le operazioni di fusione e di conferimento neutrale, sono irrilevanti sia eventuali passaggi intermedi sia eventuali operazioni straordinarie, fiscalmente neutre e non, che abbiano interessato il soggetto partecipante durante il periodo triennale di monitoraggio.

Pertanto, qualora l'operazione di scissione coinvolga la società partecipante, non si producono effetti sui requisiti oggettivi, in quanto questi vanno indagati solo in capo al soggetto partecipato.

5.4.4. Effetti sui requisiti oggettivi con scissione che coinvolge la partecipata

In caso di un'operazione di scissione coinvolgente la società partecipata, le conseguenze sui requisiti oggettivi che permettono di poter fruire del regime di esenzione devono essere valutate sulla base anche della disposizione antielusiva contenuta nell'articolo 87, comma 2 del Tuir, secondo cui i requisiti della residenza fiscale e dell'esercizio di un'impresa commerciale devono sussistere ininterrottamente, al momento del realizzo della plusvalenza, almeno dall'inizio del terzo periodo d'imposta anteriore al realizzo stesso.

Per effetto di questa norma antielusiva, in caso di operazioni straordinarie, incluso il caso di scissione in società già esistenti, non è possibile applicare quanto previsto per le società neo-costituite.

Qualora la nascita di un nuovo soggetto derivi da un'operazione di riorganizzazione societaria, occorrerà tenere conto delle caratteristiche del dante causa per verificare nel triennio precedente, ai sensi del comma 2 dell'articolo 87 del Tuir, i requisiti della residenza fiscale in Paesi non black list e della commercialità.

Dal momento che occorrerà verificare anche in capo ai soggetti preesistenti i requisiti della residenza fiscale e della commercialità, si avrà che:

- in caso di scissione di una società non commerciale, il cui patrimonio è prevalentemente costituito da immobili non strumentali, in due società beneficiarie, di cui una commerciale e l'altra no: al fine di poter qualificare per l'esenzione la partecipazione assegnata nella beneficiaria commerciale occorrerà attendere il decorso del periodo minimo triennale ai sensi dell'articolo 87, comma 2 del Tuir; il predetto periodo minimo inizia a decorrere dalla data in cui è avvenuta la scissione, in quanto la beneficiaria commerciale ha acquisito tale "status" solo in seguito all'operazione di scissione stessa (la beneficiaria commerciale ha ereditato dalla scissa il ramo prevalentemente commerciale);
- qualora, invece, la società scissa sia prevalentemente commerciale: per il raggiungimento del periodo minimo triennale assumerà rilevanza anche il periodo antecedente la scissione.

In entrambi i casi, invece, la società beneficiaria non commerciale non potrà mai qualificarsi per il regime di esenzione in quanto non verrà mai rispettato il requisito dell'esercizio di un'impresa commerciale previsto dall'articolo 87, comma 1, lettera d) del Tuir.

Inoltre:

- in caso di beneficiaria neo-costituita: occorre fare riferimento alla situazione patrimoniale della scissa ante-scissione;
- in caso di beneficiaria già esistente: ai fini del calcolo della prevalenza per la verifica del requisito della commercialità, occorre considerare sia il patrimonio della scissa sia quello della beneficiaria.

Nell'ipotesi di scissione con società beneficiaria di nuova costituzione, la verifica del requisito della commercialità deve essere condotta tenendo conto non solo del ramo ereditato dalla società beneficiaria ma anche dell'intero patrimonio della società scissa prima dell'effettuazione della scissione. Come già anticipato, la verifica del requisito deve essere operata non solamente sul ramo d'azienda trasferito alla beneficiaria, ma anche sull'intero patrimonio della scissa prima dell'effettuazione dell'operazione. Per effetto di quanto sopra, i soci della beneficiaria potranno cedere le proprie partecipazioni in regime di esenzione solo qualora il patrimonio della scissa abbia una natura prevalentemente commerciale. In caso contrario, qualora la beneficiaria riceva un ramo di azienda commerciale da una scissa prevalentemente non commerciale, la cessione delle partecipazioni da parte di soci della beneficiaria neocostituita potrà avvenire in regime di esenzione solamente decorso un triennio dall'effettuazione dell'operazione di scissione ai sensi dell'articolo 87, comma 2 del Tuir.

Secondo Assonime (circolare n. 38/2005) questa impostazione suscita non poche perplessità, in quanto le partecipazioni detenute dai soci della beneficiaria di nuova costituzione destinataria di un ramo di azienda commerciale, anche qualora la società scissa abbia una natura in prevalenza non commerciale, rappresentano un investimento in una società avente una natura esclusivamente di tipo commerciale. A parere di Assonime è come se la società beneficiaria subentrasse sin dall'origine nel possesso del ramo di azienda trasferito, a nulla rilevando quindi la natura del patrimonio complessivo della società scissa.

Assonime afferma, inoltre che *“la previsione del comma 2 dell'articolo 87 del Tuir è volta ad impedire ai soci della società partecipante che detengono partecipazioni in società aventi natura immobiliare, di ‘monetizzare’ in regime di agevolazione, attraverso la cessione delle partecipazioni, le plusvalenze latenti del compendio immobiliare, destinato ad essere realizzato solo in sede di liquidazione della società partecipata. Tale effetto, in verità, risulta scongiurato proprio nel caso di specie, nel quale ripetiamo la società neocostituita beneficiaria della scissione viene ad ereditare esclusivamente il ramo commerciale della società scissa. In tale ipotesi, è di tutta evidenza, infatti, che le partecipazioni che verranno ad essere detenute dai soci della società beneficiaria rappresentano un investimento in un soggetto di natura esclusivamente commerciale e, dunque, non c'è motivo per non accordare alla loro cessione l'applicazione del regime di esenzione di cui all'articolo 87 del Tuir (qualora risultino ovviamente integrati tutti gli altri requisiti richiesti da tale norma)”*.

5.4.5. Il costo fiscale delle partecipazioni in caso di scissione della partecipata

Come noto, un'operazione di scissione societaria comporta l'esigenza di attribuire ai soci della società scissa azioni o quote della società beneficiaria.

Al riguardo, l'Agenzia delle Entrate, con la circolare del 17 maggio 2000, n. 98/E (par. 7.2.3), aveva chiarito che, in merito alla suddivisione del costo fiscale delle azioni o quote possedute da una persona fisica nella società scissa tra le azioni o quote detenute nelle società coinvolte nell'operazione di scissione, il criterio da seguire è quello della ripartizione del costo originario in proporzione al valore netto contabile del patrimonio trasferito alle beneficiarie e di quello eventualmente rimasto nella scissa.

Nella successiva circolare del 13 febbraio 2006, n. 6/E è stato chiarito che la precisazione fornita con la circolare n. 98/E/2000 presenta una portata generale, nel senso che il criterio di ripartizione precedentemente descritto si applica anche qualora il socio della società scissa sia una società di capitale.

5.5. La trasformazione

La circolare n. 36/E del 2004 ha affrontato l'analisi degli effetti (ai fini della pex) prodotti sul soggetto partecipante e su quello partecipato in occasione delle operazioni straordinarie di fusione, scissione e conferimento, mentre nulla è stato detto per le operazioni di trasformazione societaria.

Tuttavia, è necessario chiarire quali sono i possibili effetti derivanti dalla trasformazione di una società di persone in società di capitali, in quanto, in caso di realizzo di plusvalenza in seguito alla cessione di una partecipazione, il trattamento fiscale da riservare alla plusvalenza sarebbe completamente diverso. Infatti:

- in caso di realizzo da parte di una società di persone: per i soggetti Irpef in regime d'impresa la plusvalenza avente i requisiti per poter beneficiare dell'esenzione è tassata in misura pari al 49,72% del relativo ammontare (articolo 58, comma 2 del Tuir). Il decreto ministeriale 2 aprile 2008 ha infatti determinato in misura pari al 50,28% la quota di esenzione per le plusvalenze in esame realizzate a decorrere dal 1° gennaio 2009;
- in caso di realizzo da parte di una società di capitali: la plusvalenza realizzata avente i requisiti per poter beneficiare della participation exemption è esente da tassazione per il 95% (articolo 87 del Tuir).

Possiamo, tuttavia, formulare ipotesi riguardanti i possibili effetti sui requisiti soggettivi previsti dalle lettere a) e b) del comma 1 dell'articolo 87 nel caso di trasformazione della società partecipante da società di persone in società di capitali.

Per quanto riguarda il primo requisito, contenuto nell'articolo 87, comma 1, lettera a) del Tuir (che prevede l'ininterrotto possesso della partecipazione dal primo giorno del dodicesimo mese precedente quello dell'avvenuta cessione), si ritiene che in caso di trasformazione non dovrebbe essere compromesso il rispetto del requisito, in quanto:

- dal punto di vista fiscale si genera solamente un cambiamento del livello impositivo, mentre
- dal punto di vista civilistico, si realizza solo una modifica dell'atto costitutivo; infatti, ai sensi dell'articolo 2498 del codice civile, con la trasformazione l'ente trasformato conserva i diritti e gli obblighi e prosegue in tutti i rapporti anche processuali dell'ente che ha effettuato la trasformazione.

Pertanto, determinandosi con la trasformazione una mera continuità delle posizioni soggettive, si dovrebbe verificare il rispetto del requisito del possesso ininterrotto della partecipazione anche qualora la società partecipante decidesse, nel frattempo, di trasformarsi da società di persone in società di capitali o viceversa.

Per quanto concerne, invece, il secondo requisito soggettivo previsto dall'articolo 87, comma 1, lettera b) del Tuir (relativo alla classificazione della partecipazione tra le immobilizzazioni finanziarie nel primo bilancio chiuso durante il periodo di possesso), occorre preliminarmente precisare che per le società di persone non è obbligatoria l'adozione dello schema di bilancio previsto dall'articolo 2424 del codice civile, anche se, nella pratica, è assai frequente l'adozione degli schemi civilistici utilizzati dalle società di capitali.

In ogni caso, la citata circolare n. 36/E del 2004 ha espressamente previsto che, con riferimento ai soggetti che redigono il bilancio secondo schemi diversi da quelli previsti dall'articolo 2424 del codice civile e seguenti, la condizione dell'iscrizione tra le immobilizzazioni finanziarie si ritiene soddisfatta nel caso in cui le partecipazioni risultino come tali nei bilanci ovvero da altri elementi certi e precisi della contabilità.

Pertanto, anche il requisito dell'iscrizione tra le immobilizzazioni finanziarie risulta essere soddisfatto in caso di trasformazione della società partecipante da società di persone in società di capitali o viceversa e qualora la partecipante stessa risulti essere in contabilità ordinaria nel periodo precedente e successivo alla trasformazione.

5.5.1. La trasformazione di soggetti in contabilità semplificata

L'Amministrazione Finanziaria non ha affrontato in modo esplicito la questione relativa alla verifica dei requisiti soggettivi nell'ipotesi in cui una società partecipante in regime di contabilità semplificata dovesse decidersi di trasformarsi in società di capitali, adottando, quindi, obbligatoriamente, il regime di contabilità ordinaria.

Come già visto precedentemente, la circolare n. 36/E ha previsto che la cessione di partecipazioni da parte di soggetti in regime di contabilità semplificata non può presentare i requisiti per poter beneficiare del regime di esenzione, in quanto questi soggetti non sono tenuti alla redazione del bilancio previsto per i soggetti in contabilità ordinaria.

Per quanto concerne il requisito del possesso ininterrotto della partecipazione dal primo giorno del dodicesimo mese precedente quello dell'avvenuta cessione, si ritiene che in caso di trasformazione della partecipante da società di persone in regime di contabilità semplificata in società di capitali non dovrebbe essere compromesso il rispetto del requisito, in quanto con la trasformazione si determina una continuità delle posizioni soggettive in capo alla società trasformata.

In relazione, invece, alla sussistenza del requisito dell'iscrizione della partecipazione tra le immobilizzazioni finanziarie nel primo bilancio chiuso durante il periodo di possesso, l'Agenzia delle Entrate, con la circolare del 16 marzo 2005, n. 10/E, ha chiarito che, prevedendo l'articolo 87, comma 1, lettera b) del Tuir la classificazione della partecipazione tra le immobilizzazioni finanziarie solamente nel primo bilancio chiuso durante il periodo di possesso, senza fare riferimento al primo periodo di possesso, è possibile fruire del regime di esenzione qualora la partecipante iscriva la partecipazione tra le immobilizzazioni finanziarie nel primo bilancio chiuso successivamente all'esercizio dell'opzione per la contabilità ordinaria.

Analogamente, in caso di trasformazione in società di capitali di società minori in regime di contabilità semplificata, si potrebbe usufruire del regime di esenzione della participation exemption qualora la società partecipante iscrivesse la partecipazione tra le immobilizzazioni finanziarie nel primo bilancio chiuso successivo alla trasformazione.

In questo caso, resta però ferma la facoltà dell'Amministrazione Finanziaria di sindacare l'elusività di questa operazione.

5.5.2. Trasformazione societaria: formazione di più periodi d'imposta nello stesso anno solare

Al fine di poter beneficiare del regime della "participation exemption" è necessario rispettare il vincolo temporale previsto dall'articolo 87, comma 2 del Tuir, in base al quale i requisiti relativi alla residenza fiscale della società partecipata e all'esercizio di un'impresa commerciale da parte della società partecipata medesima devono sussistere ininterrottamente, al momento del realizzo della plusvalenza, almeno dall'inizio del terzo periodo d'imposta anteriore a quello del realizzo stesso.

Il comma 2 dell'articolo 170 del Tuir stabilisce che, in caso di trasformazione di una società di capitali in una società di persone, o viceversa, il reddito del periodo compreso tra l'inizio del periodo d'imposta e la data in cui ha effetto la trasformazione è determinato secondo le disposizioni applicabili prima della trasformazione in base alle risultanze di un apposito conto economico.

Il legislatore fiscale sancisce, quindi, l'autonomia del periodo compreso tra l'inizio del periodo d'imposta e la data di effetto della trasformazione, dove per data di effetto deve intendersi quella in cui ha luogo l'iscrizione della delibera nel registro delle imprese, come precisato dalle circolari n. 6/E e 9/E del gennaio 2002 (conformemente alla circolare del 25 gennaio 2002, n. 6/E e alla circolare del 30 gennaio 2002, n. 9/E, la risoluzione del 20 giugno 2002, n. 203/E stabilisce che "ai fini fiscali la data in cui ha effetto la trasformazione deve necessariamente coordinarsi con il disposto di cui all'articolo 2498 del codice civile, in base al quale la società trasformata acquista personalità giuridica con l'iscrizione della deliberazione nel registro delle imprese").

La trasformazione produce, quindi, l'effetto di suddividere l'esercizio in due periodi d'imposta autonomi, che vengono assoggettati ad imposizione propria del gruppo di appartenenza della società trasformanda.

6. IL RAPPORTO CON LA DISCIPLINA DELLE SOCIETÀ DI COMODO

Una problematica ulteriore, di particolare rilevanza, è quella che riguarda il rapporto tra il regime della participation exemption e la disciplina delle società non operative, cosiddette società "di comodo".

Infatti, per alcune fattispecie si verifica la contemporanea applicabilità sia della disciplina pex, che, come visto, mira a colpire l'assenza d'impresa da parte della società partecipata, sia la normativa sulle società di comodo, che colpisce le società prive del requisito dell'effettivo svolgimento di attività di impresa, prevista dall'articolo 30 della legge 23 dicembre 1994, n. 724 (sono considerate "di comodo", salvo prova contraria, le società che conseguono un ammontare di ricavi inferiore alla somma degli importi risultanti dall'applicazione dei coefficienti stabiliti dalla medesima disposizione normativa).

Al riguardo è utile ricordare che le disposizioni in materia di società di comodo hanno subito alcune rilevanti modifiche operate attraverso le disposizioni contenute nel decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138 (convertito con modificazioni dalla legge 14 settembre 2011, n. 148), che ha affiancato al concetto di società "non operativa" quello di società in "perdita sistematica". Più precisamente, è stato previsto che, a partire dal periodo di imposta 2012, le società e gli enti che presentano dichiarazioni in perdita fiscale per tre periodi di imposta consecutivi sono considerati di comodo, ai sensi dell'articolo 30 della legge 23 dicembre 1994, n. 724, a decorrere dal successivo quarto periodo di imposta.

Le società si considerano in perdita sistematica anche qualora nello stesso periodo di osservazione risultino in perdita fiscale per due periodi di imposta e in uno abbiano dichiarato un reddito inferiore a quello minimo, determinato ai sensi del medesimo articolo 30 della legge n. 724/1994.

Si segnala che con le modifiche introdotte con l'articolo 18 del D.Lgs. 21 novembre 2014, n. 175, è stato ampliato il periodo di osservazione per l'applicazione della disciplina sulle società in perdita sistematica, passando così dagli originari tre a cinque periodi d'imposta. Di conseguenza il presupposto per l'applicazione di tale disciplina è ora costituito da cinque periodi d'imposta consecutivi in perdita fiscale ovvero quattro in perdita fiscale ed uno con reddito imponibile inferiore al c.d. reddito minimo. La nuova disciplina si applica a decorrere dal periodo d'imposta 2014.

Ciò premesso, quantomeno da un punto di vista teorico, appare evidente che nell'effettivo svolgimento di un'attività di impresa può rinvenirsi l'elemento comune a entrambi i regimi della *participation exemption* e delle società non operative, ancorché sotto il profilo della ratio, delle finalità e dei presupposti delle due discipline non si rinvengano ulteriori similitudini.

In questo contesto l'Agenzia delle Entrate, nella circolare 29 marzo 2013, n. 7/E, ha chiarito che *"non esiste, pertanto, alternatività, tantomeno prevalenza di una disciplina fiscale rispetto all'altra, trattandosi, invece, di due discipline la cui applicazione è concorrente; talvolta, la circostanza dell'esercizio di un'attività di impresa per la società può condurre a effetti fiscali, ai fini delle due normative, significativamente diversi"*.

A supporto della non alternatività delle due fattispecie fiscali in questione, l'Agenzia delle Entrate ha specificato che potrebbero ricorrere i casi in cui:

- una società che, pur non svolgendo un'effettiva attività commerciale ai sensi dell'articolo 87, comma 1, lettera d), del Tuir, produca ricavi effettivi superiori a quelli presunti previsti dalla disciplina delle società di comodo; in tal caso, la cessione della partecipazione non integra i presupposti della pex, ancorché in presenza di una società operativa;
- una società che, pur qualificandosi per l'esenzione in quanto in possesso del requisito della commercialità, non riesca a conseguire ricavi minimi, calcolati applicando i coefficienti previsti dalla disciplina di cui all'articolo 30 della legge n. 724/1994; in questa ipotesi la società si considera non operativa, fatta salva la possibilità di dimostrare l'esistenza di situazioni oggettive tali da impedire la produzione di

ricavi presunti e, al contempo, la plusvalenza da cessione della partecipazione in essa detenuta rientra nel regime pex.

7. DISTRIBUZIONE DI RISERVE DI CAPITALE, RECESSO ED ESCLUSIONE DEL SOCIO, RISCATTO, RIDUZIONE DEL CAPITALE E LIQUIDAZIONE

L'articolo 6, comma 1 del D.Lgs. 18 novembre 2005, n. 247 (decreto correttivo Ires), integrando l'articolo 86 del Tuir, ha introdotto il comma 5-bis, in base al quale è previsto che: *“nelle ipotesi dell'articolo 47, commi 5 e 7, costituiscono plusvalenze le somme o il valore normale dei beni ricevuti a titolo di ripartizione del capitale e delle riserve di capitale per la parte che eccede il valore fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni”*.

Tale disposizione, come evidenziato dalla relazione illustrativa del decreto, è confermativa dell'interpretazione fornita dall'Agenzia delle Entrate nelle circolari n. 26/E e 36/E del 2004.

Ai fini di un miglior coordinamento con la modifica introdotta, l'articolo 6, comma 2, lettere c) e d) del correttivo Ires ha sostituito i commi 6 e 7 dell'articolo 87 del Tuir con un nuovo comma 6.

7.1. Distribuzione di riserve di capitale

L'articolo 87, comma 6 del Tuir, richiamando il disposto dell'articolo 86, comma 5-bis del Tuir, stabilisce che l'importo delle riserve di capitale distribuite al socio esercente attività d'impresa che eccede il valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione è considerato una plusvalenza che può fruire del regime di esenzione qualora vengano rispettati i requisiti previsti dai commi 1 e 2 dell'articolo 87 del Tuir.

In particolare, le riserve e gli altri fondi distribuiti dai soggetti Ires richiamati nel comma 5-bis dell'articolo 86 sono quelli indicati nell'articolo 47, comma 5 del Tuir, ovvero riserve o fondi costituiti da:

- sovrapprezzi di emissione delle azioni o quote;
- interessi di conguaglio versati dai sottoscrittori di nuove quote o azioni;
- versamenti fatti dai soci a fondo perduto o in conto capitale;
- saldi di rivalutazione monetaria esenti da imposta.

La distribuzione di queste riserve o fondi, come previsto dall'articolo 47, comma 5 del Tuir, determina la riduzione del costo fiscalmente riconosciuto delle azioni o quote possedute. Ciò rileva sia in caso di soci non imprenditori sia in caso di soci esercenti attività di impresa.

7.2. Recesso ed esclusione del socio, riscatto, riduzione del capitale per esuberanza e liquidazione della società

L'articolo 87, comma 6 del Tuir, richiamando quanto previsto dal comma 5-bis dell'articolo 86 del Tuir, disciplina il trattamento fiscale delle somme o del valore normale dei beni attribuiti ai soci nei seguenti casi previsti dall'articolo 47, comma 7 del Tuir:

- recesso del socio;
- esclusione del socio;
- riscatto delle azioni o quote;
- riduzione del capitale per esuberanza;
- liquidazione anche concorsuale della società.

In caso di socio Ires, l'eventuale plusvalenza pari alla differenza positiva tra le somme distribuite a titolo di ripartizione delle riserve di capitale ex articolo 47, comma 5 del Tuir ed il costo fiscalmente riconosciuto della partecipazione sarà:

- esente da tassazione (in misura pari al 95%) in presenza dei requisiti previsti per l'applicazione della participation exemption ai sensi dell'articolo 87 del Tuir;
- (in caso contrario) interamente assoggettata a tassazione.

Corrispondentemente, se la differenza tra le somme distribuite ed il costo fiscalmente riconosciuto è negativa, essa sarà:

- interamente indeducibile se sono rispettati i requisiti della participation exemption;
- interamente deducibile se, invece, non sono rispettati i requisiti previsti per l'esenzione.

Se, invece, le somme distribuite al socio Ires sono attinte da riserve diverse da quelle di capitale, queste sono trattate come distribuzioni di dividendi e, pertanto, ai sensi dell'articolo 89 del Tuir, saranno esenti da tassazione per il 95% del relativo ammontare, a prescindere dalla presenza o meno dei requisiti previsti dall'articolo 87, commi 1 e 2 del Tuir.

In sostanza, per stabilire la tassazione in capo al socio recedente soggetto Ires occorre distinguere tra ciò che viene attinto da riserve di capitale e ciò che viene, invece, attinto da altre riserve diverse da quelle di capitale.

Esempio
<p>Supponiamo che:</p> <ul style="list-style-type: none"> • la società X Spa receda dalla società partecipata Y Srl; • la partecipazione possieda i requisiti previsti per beneficiare della participation exemption; • il valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione sia pari a 300; • <p>la valorizzazione della quota di competenza del socio che recede sia pari</p>

8. LE ATTIVITÀ DIVERSE DALLE PARTECIPAZIONI

L'articolo 87, comma 3 del Tuir conferma che l'esenzione sulle plusvalenze si applica, sussistendo i requisiti previsti dal comma 1 del medesimo articolo, anche in caso di assegnazione ai soci e destinazione a finalità estranee all'esercizio dell'impresa di strumenti finanziari similari alle azioni e che le stesse sono realizzate e determinate ai sensi dell'articolo 86 del Tuir.

In particolare l'articolo 87, comma 3 del Tuir, richiamando l'ultimo periodo dell'articolo 44, comma 2, lettera a) del Tuir, stabilisce che l'esenzione derivante dalla cessione di un contratto di associazione in partecipazione compete laddove la remunerazione sia indeducibile nel Paese estero e ciò risulti da una dichiarazione dell'associante o da altro elemento certo e preciso.

Le disposizioni che sono previste, invece, nel secondo periodo dell'articolo 87, comma 3 del Tuir, secondo cui *"concorrono in ogni caso alla formazione del reddito per il loro intero ammontare gli utili relativi ai contratti di cui all'articolo 109, comma 9, lettera b), che non soddisfano le condizioni di cui all'articolo 44, comma 2, lettera a), ultimo periodo"* hanno effetto per i periodi d'imposta che iniziano a decorrere dal 1° gennaio 2006.

L'articolo 87, comma 3 del Tuir prescrive, quindi, che l'ambito oggettivo di applicazione della participation exemption non riguarda solamente le partecipazioni, ma anche le operazioni aventi ad oggetto gli strumenti finanziari assimilati alle azioni ai sensi dell'articolo 44, comma 2, lettera a) del Tuir e i contratti di associazione in partecipazione e di cointeressenza agli utili ai sensi dell'articolo 109, comma 9, lettera b) del Tuir.

8.1. Strumenti finanziari simili alle azioni

Gli strumenti finanziari simili alle azioni, introdotti con la riforma del diritto societario, sono disciplinati, dal punto di vista civilistico, dall'articolo 2346, comma 6 del codice civile, mentre, dal punto di vista fiscale, sono disciplinati dall'articolo 44, comma 2, lettera a) del Tuir.

Per poter applicare a questi strumenti finanziari il regime delle plusvalenze esenti, è necessario che la remunerazione degli stessi sia costituita totalmente dalla partecipazione ai risultati economici della società emittente (o di altra società appartenente al medesimo gruppo) o dell'affare in relazione al quale i titoli e gli strumenti finanziari sono stati emessi.

Di conseguenza, non potrà beneficiare del regime di esenzione la plusvalenza relativa alla cessione di strumenti finanziari la cui remunerazione sia costituita da un importo fisso predeterminato più una percentuale degli utili.

8.2. Contratti di associazione in partecipazione e di cointeressenza agli utili

Ai sensi dell'articolo 87, comma 3 del Tuir, il regime di esenzione delle plusvalenze realizzate è applicabile anche alla cessione di contratti di associazione in partecipazione ed ai contratti di cointeressenza agli utili o alle perdite definiti dall'articolo 109, comma 9, lettera b) del Tuir, che prescrive l'indeducibilità per l'associante della corrispondente remunerazione.

Ai fini dell'applicazione del regime di esenzione, è necessario che esista un vero e proprio apporto di capitale da parte dell'associato, mentre non rilevano i contratti di mera cointeressenza nei quali non sia previsto un determinato apporto.

Pertanto, occorre che l'apporto dell'associato sia costituito da solo capitale o contemporaneamente da capitale ed opere o servizi (il cosiddetto apporto misto).

8.3. Azioni proprie

L'Amministrazione Finanziaria, con la circolare n. 36/E del 2004, ha confermato l'applicabilità del regime della participation exemption alla cessione di azioni proprie, non essendo previste norme che lo vietino.

Infatti, l'articolo 82 del Tuir consente la rateizzazione delle plusvalenze derivanti dalla cessione obbligatoria di azioni proprie, a prescindere dal requisito del possesso triennale previsto dall'articolo 86, comma 4 del Tuir.

Stante quanto sopra, le plusvalenze relative alla cessione di azioni proprie possono rientrare nel regime di esenzione previsto dall'articolo 87 del Tuir, anche qualora le azioni proprie siano state cedute obbligatoriamente ai sensi degli articoli 2357, comma 4, 2357-bis, comma 2 e 2359-ter del codice civile.

Nello specifico, prendendo le mosse dal tenore letterale della norma contenuta nell'articolo 82 del Tuir, la circolare n. 36/E ritiene di limitare l'applicazione del regime di esenzione alle sole plusvalenze derivanti dalla cessione di azioni proprie iscritte tra le immobilizzazioni finanziarie, in quanto la cessione di azioni proprie classificate nel circolante genererebbe ricavi e non plusvalenze.

Di conseguenza, in relazione alla cessione di azioni proprie, risulterebbe modificato il requisito previsto dall'articolo 87, comma 1, lettera b) del Tuir, secondo cui le partecipazioni, per poter beneficiare

dell'esenzione, devono risultare iscritte tra le immobilizzazioni finanziarie nel primo bilancio chiuso durante il periodo di possesso.

In sostanza, in base a quanto precisato dalla circolare, al fine di poter beneficiare dell'esenzione, solamente per le azioni proprie sarebbe necessaria l'iscrizione delle stesse nelle immobilizzazioni finanziarie non solo nel primo bilancio chiuso durante il periodo di possesso, ma anche in quello anteriore alla vendita.

8.4. Diritto di usufrutto, diritti d'opzione e obbligazioni convertibili

In merito alla cessione dei diritti di usufrutto e dei diritti d'opzione, il regime di esenzione della plusvalenza realizzata spetta solamente nel caso in cui i diritti stessi siano ceduti dallo stesso soggetto che detiene la relativa partecipazione.

Le cessioni effettuate, invece, da parte dell'usufruttuario non possono beneficiare del regime di esenzione in quanto egli non è titolare di alcun diritto di partecipazione.

Per lo stesso motivo, anche le cessioni di obbligazioni convertibili non possono beneficiare del regime della participation exemption, in quanto nel momento di cessione i possessori delle obbligazioni convertibili detengono solamente un diritto potenziale di partecipazione.

Quanto sopra non può, invece, essere affermato nell'ipotesi in cui i diritti d'opzione siano negoziati da un terzo soggetto al quale i medesimi diritti siano stati trasmessi separatamente dalle partecipazioni a cui sono correlati, ovvero nel caso in cui il diritto di usufrutto sia stato ceduto dall'usufruttuario.

8.5. Quote di fondi comuni di investimento e di partecipazione alle Sicav

La cessione di quote di fondi comuni di investimento mobiliare non può rientrare nel regime di esenzione anche se le quote sono iscritte tra le immobilizzazioni finanziarie, in quanto non sono considerabili azioni o quote di partecipazione in società o enti (in tal senso: circ. 36/E/2004).

E' altresì esclusa dal regime di esenzione la cessione di quote di partecipazione nelle Sicav, in quanto equiparata ai Fondi comuni di investimento.

8.6. Pronti contro termine e prestito titoli

In base all'articolo 94, comma 2 del Tuir, le cessioni di titoli derivanti da contratti di riporto o di "pronti contro termine" che prevedono per il cessionario l'obbligo di rivendita a termine dei titoli non determinano variazioni delle rimanenze dei titoli a carico del cedente a pronti.

Di conseguenza, a seguito della cessione di "pronti contro termine", non si realizzano plusvalenze e, pertanto, non può trovare applicazione il regime della participation exemption.

Inoltre, in caso di successiva cessione della partecipazione, per il cedente a pronti non si verificherà l'interruzione del periodo di possesso rilevante ai fini del rispetto del requisito previsto dall'articolo 87, comma 1, lettera a) del Tuir.

Le considerazioni sopra esposte valgono anche per le operazioni di prestito titoli, disciplinate anch'esse dall'articolo 94, comma 2 del Tuir.

8.7. Titoli e strumenti finanziari emessi dai non residenti e contratti di associazione in partecipazione con associanti non residenti

La participation exemption risulta applicabile anche alle plusvalenze che sono realizzate a seguito della cessione di azioni o quote di partecipazione, comprese quelle non rappresentate da titoli, relative a società ed enti, con o senza personalità giuridica, non residenti nel territorio dello Stato, previsti dall'articolo 73, comma 1, lettera d) del Tuir, a condizione, però, che la relativa remunerazione sia totalmente indeducibile

nella determinazione del reddito nello Stato estero di residenza del soggetto emittente. A tale fine l'indeducibilità deve risultare da una dichiarazione dell'emittente stesso o da altri elementi certi e precisi [articolo 44, comma 2, lettera a), secondo periodo del Tuir].

9. CLASSIFICAZIONE DELLE PARTECIPAZIONI

Per quanto riguarda le partecipazioni già possedute alla data del 1° gennaio 2004, in relazione al requisito della classificazione tra le immobilizzazioni finanziarie, è previsto che [articolo 4, comma 1, lettera g), D.Lgs. n. 344/2003]:

- la classificazione tra le “immobilizzazioni finanziarie” delle azioni o quote deve sussistere nel bilancio relativo al secondo periodo di imposta precedente a quello in cui si applicano per la prima volta le nuove disposizioni del Tuir (in tal senso, ai fini dell'applicazione dell'esenzione la partecipazione ceduta dovrebbe essere stata classificata tra le “immobilizzazioni” nel bilancio relativo all'esercizio 2002);
- per le azioni e le quote acquisite nel corso del 2003 (periodo d'imposta precedente a quello di entrata in vigore delle nuove disposizioni), il requisito della classificazione è soddisfatto previa classificazione delle stesse tra le immobilizzazioni finanziarie nel relativo bilancio. In assenza di questa norma transitoria si sarebbero creati non pochi problemi nei casi di partecipazioni detenute da molto tempo, per le quali sarebbe risultato difficile dimostrare la natura delle stesse in relazione all'iscrizione tra le immobilizzazioni finanziarie nel primo bilancio chiuso durante il periodo di possesso.

Pertanto, il legislatore ha introdotto una presunzione assoluta di rispetto del requisito della classificazione della partecipazione tra le immobilizzazioni finanziarie qualora la stessa risulti iscritta nel bilancio relativo al secondo periodo di imposta precedente l'entrata in vigore del regime della participation exemption (1° gennaio 2004).