



STUDIO
LEGALE E TRIBUTARIO

Rassegna Stampa

QE-Quotidiano Energia – 14 luglio 2010
Autore: **Diego Annarilli** e **Flavio Notari**



Il trasferimento dei progetti in energie rinnovabili

Criticità nell'ipotesi di dismissione della società veicolo del progetto. Serve una interpretazione "autentica"

di D. Annarilli e F. Notari*

Con il presente articolo gli autori vogliono portare all'attenzione degli operatori una possibile criticità di carattere fiscale che potrebbe manifestarsi in ipotesi di dismissione del pacchetto partecipativo dello special purpose vehicle (società veicolo o SPV) utilizzato per la realizzazione dell'investimento in impianti di produzione di energia elettrica da fonte rinnovabile.

La cessione delle partecipazioni della società che ha realizzato gli impianti e ottenuto le necessarie autorizzazioni per l'esercizio degli stessi costituisce, infatti, la parte conclusiva dell'investimento per quella tipologia di investitori non interessati alla gestione dell'attività produttiva, ma unicamente alla realizzazione del capital gain ritraibile dalla cessione dei progetti realizzati.

Occorre innanzitutto premettere che al fine di individuare il corretto trattamento fiscale della cessione delle partecipazioni dello SPV, bisogna preliminarmente qualificare i soggetti cedenti e, successivamente, individuare talune caratteristiche delle partecipazioni cedute.

Limitando la nostra analisi all'ipotesi di cessione di partecipazioni da parte di persona giuridica nell'esercizio della propria attività d'impresa, per la verifica del corretto regime fiscale, ai fini dell'Ires, da applicare all'eventuale plusvalenza realizzata occorrerà, innanzitutto, riscontrare se la cessione in parola integra, o meno, le condizioni previste dal regime della participation exemption (PEEx) di cui all'art.87 del dpr del dpr 22 dicembre 1986, n.917 (cd. "Tuir") al ricorrere delle quali il 95 per cento della detta plusvalenza non concorre alla formazione dell'imponibile in quanto esente.

I requisiti soggettivi e oggettivi che devono sussistere perché possa trovare applicazione la predetta esenzione, si ricorda, sono: a. ininterrotto possesso dal primo giorno del dodicesimo mese precedente a quello della cessione; b. iscrizione delle partecipazioni tra le immobilizzazioni finanziarie nel primo bilancio chiuso durante il periodo di possesso; c. residenza fiscale della società partecipata in uno Stato o territorio cd. "white list";

d. effettivo esercizio da parte della società partecipata di un'impresa commerciale, secondo la definizione di cui all'articolo 55 del Tuir.

Sembra opportuno precisare che le condizioni di cui ai punti c) e d) devono sussistere ininterrottamente almeno dall'inizio del terzo periodo di imposta antecedente al realizzo (ovvero dal minor periodo che decorre dalla data di costituzione, se è successiva).

Soffermando la nostra attenzione sul quarto dei requisiti della normativa in commento – la "commercialità" dell'impresa le cui partecipazioni vengono cedute – emergono concreti dubbi circa l'applicabilità del regime PEEx alla cessione delle partecipazioni detenute nello SPV che ha ultimato l'investimento, ma non ancora iniziato la fase "produttiva" vera e propria, anche se al momento della cessione le stesse partecipazioni sono state detenute ininterrottamente dal primo giorno del dodicesimo mese precedente.

Il dubbio interpretativo, infatti, è sorto in occasione della risposta del Ministero dell'Economia e delle Finanze a un'interrogazione parlamentare (n.5-01695 del 29 luglio 2009) con cui venivano richiesti chiarimenti circa l'applicabilità del regime PEEx alla cessione di partecipazioni in una società in fase di start up, quindi non ancora in grado di svolgere alcuna attività, sebbene caratterizzata dall'avvio dei lavori per la realizzazione dei siti produttivi.

In tale occasione il Ministero dell'Economia e delle Finanze ha, tra l'altro, chiarito che: "Con particolare riferimento alle attività cosiddette preparatorie, l'Agenzia delle entrate si è già espressa negando il regime di esenzione con riferimento ad una società partecipata proprietaria di un complesso immobiliare oggetto di lavori di ristrutturazione e restauro finalizzati a realizzare una struttura alberghiera (cfr. risoluzione del 9 novembre 2007, n. 323). Al riguardo, è stato inoltre evidenziato come ad assumere rilevanza, nel rispetto della ratio della norma, sia l'attività in concreto esercitata e non la mera costituzione in forma di società di capitali. Ne consegue che se l'attività prevista dallo statuto non si può considerare iniziata non è riscontrabile, in linea di principio, la sussistenza del requisito della commercialità necessario per fruire del regime di participation exemption".

L'applicazione dell'interpretazione ministeriale al caso oggetto di analisi in questa sede comporterebbe che la cessione delle partecipazioni dello SPV (che ha conseguito le autorizzazioni per la realizzazione dell'impianto, acquisito i necessari asset mobili e immobili, stipulato accordi con EPC contractor, realizzato, in tutto o in parte, gli impianti, ma che sia ancora in attesa del

collegamento alla rete elettrica) non potrebbe beneficiare del regime PEEx.

Tuttavia tale restrittiva interpretazione, a parere di chi scrive, appare non in linea con la ratio dell'istituto, finendo con il far coincidere il momento di configurazione dell'impresa con quello in cui l'impresa produce (o è in grado di produrre) i primi ricavi.

Tale visione "atomistica" non sembra, infatti, ben rappresentare il concetto stesso d'impresa, non suscettibile di essere parcellizzato in stadi distinti dotati di diversa dignità e nel quale, invece, debbono considerarsi assorbite anche tutte quelle fasi propedeutiche indispensabili a quella più propriamente produttiva di ricavi.

Peraltro, se effetto mediato ulteriore della participation exemption dovrebbe anche essere quello di favorire la circolazione di complessi aziendali sotto forma di cessione di partecipazioni, bisogna tener presente che la stessa nozione di azienda, come confermato costantemente dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, deve essere valutata non in termini statici, bensì dinamici e prospettici, nel senso che affinché si configuri "azienda" è sufficiente il trasferimento di un complesso organico di beni dotato di una attitudine, anche solo potenziale, alla produzione di beni e servizi a prescindere dal fatto che all'atto della cessione il complesso aziendale sia materialmente utilizzato per l'esercizio di un'impresa ovvero utilizzato dal cedente per la propria attività (cfr.: ex multis, Corte di Cassazione 10 ottobre 2008, n.24913).

La suddetta interpretazione non sembra essere conforme, infine, neanche con la finalità tipica della PEEx che è quella di realizzare una tendenziale neutralità tra il caso in cui il reddito di partecipazione viene conseguito mediante percezione dell'utile di esercizio, da quello equivalente, sotto il profilo economico, in cui l'utile viene percepito in forma di capital gain da cessione della partecipazione nella società che altro non rappresenta se non l'attualizzazione dei flussi attesi di utili futuri.

Bisogna, tuttavia, riconoscere che il contenuto letterale dell'art. 87, comma 1, lett.d) del Tuir può prestarsi a una lettura restrittiva della norma, per tale motivo sarebbe quanto mai opportuno un intervento di interpretazione autentica da parte del legislatore volto a ricondurre nella nozione di "esercizio da parte della società partecipata di una impresa commerciale", anche lo svolgimento di tutte quelle fasi di tipo propedeutico all'attività produttiva intesa in senso stretto.

*CBA Studio Legale e Tributario