

Il requisito della “commercialità” ai fini della *participation exemption*: il falso problema delle attività preparatorie

Stefano Chirichigno e Valerio Cirimbilla

A volte basta poco per scacciare inutili (ma non per questo meno fastidiosi) fantasmi. È questo il caso della vaneggiata “perdita dell’agevolazione dell’esenzione sulle plusvalenze in assenza di (non meglio precisate) oggettive prove dello svolgimento ininterrotto nell’ultimo triennio di una effettiva attività commerciale”. A ben vedere i fantasmi sono più d’uno, si va dalla reintroduzione dei requisiti di “effettività” non a caso venuti nell’iter legislativo che ha portato alla realizzazione del “modello italiano di esenzione delle plusvalenze su partecipazioni”, alla surrettizia inversione dell’onere della prova, fino (ed è forse il profilo più inquietante) alla valorizzazione di mere assonanze linguistiche per confondere un pilastro della riforma del 2004 per una delle tante norme agevolative che inquinano il nostro ordinamento tributario.

Non è dato dubitare che la rivoluzione copernicana del 2004 che ha visto il passaggio da un sistema di imposizione diretta socio (persona fisica) centrico ad uno società (fonte del reddito) centrico⁸¹ ruoti logicamente ed indefettibilmente intorno all’introduzione, idealmente a trecentosessanta gradi, del principio di irrilevanza reddituale non solo dei dividendi distribuiti, ma anche delle plusvalenze realizzate sulle partecipazioni. È, infatti, agevole intuire che tali innovazioni rispondono ad un unico progetto di riforma che prevede una tassazione di tipo definitivo in capo alle società partecipate che hanno prodotto la materia imponibile, sia rendendo esenti (o, meglio, parzialmente esclusi dalla tassazione) i dividendi distribuiti alle società socie, sia disponendo l’esenzione delle plusvalenze da cessione delle relative partecipazioni (e simmetricamente l’indeducibilità delle minusvalenze e dei costi relativi). Di conseguenza, il regime di esenzione delle plusvalenze da realizzo di partecipazioni è strettamente connesso a quello dell’intassabilità dei dividendi (per il 95%) distribuiti, in quanto ambedue flussi reddituali idealmente riconducibili agli utili della società partecipata. In tal senso, peraltro, l’abolizione del credito d’imposta e la nuova impostazione del sistema basato sulla tassazione definitiva del reddito al momento della produzione dello stesso e non all’atto della percezione da parte del soggetto economico, può essere considerato il fulcro della riforma stessa⁸².

Orbene è stata sufficiente una riposta ad un’istanza di interpello (ex art.11, L. n.27/7/10) che risenta in qualche misura della *nouvelle vogue* dell’Agenzia delle Entrate (pienamente condivisibile) che vorrebbe privilegiare la ponderazione e sistematicità delle Circolari al tempismo e pragmatismo casistico delle Risoluzioni (sempre figlie di interPELLI da Statuto del Contribuente), per portare alla luce che i veri rischi di incongrue perdite di gettito riconducibili alla *participation exemption* si annidano in un approccio causidico ai famigerati quattro pilastri dell’istituto che solletichi ed agevoli disinvolve manovre di entrata-uscita (o viceversa) dal regime, piuttosto che nelle sabbie mobili delle società statiche e delle società senza impresa (insidiosissimi temi che il sistema affronta sotto altri profili e con ben più incisivi strumenti di dissuasione).

⁸¹ Azzerando in un sol colpo il lento processo di affinamento normativo che, dall’introduzione nel lontano 1977 della maggiorazione di conguaglio (ad opera della c.d. *Legge Pandolfi*, L. n.904/77), era giunto al tecnicismo dei due “canestri” in vigore del 1997 al 2003.

⁸² Il sacrificio del raffinato *imputation system* si lega invero ad una pluralità di obiettivi, sufficientemente enucleati dalla legge delega e che non andrebbero ancora oggi trascurati se non si vuole correre il rischio di macroscopici abbagli nell’interpretazione ed applicazione delle singole “normette” (ci sia consentito il riverito omaggio al grande Cecamore). Innanzitutto, si intendeva fornire al sistema economico una maggiore trasparenza e semplificazione. Secondo obiettivo dichiarato era di uniformare il nostro sistema fiscale a quello europeo, rendendolo più competitivo, e impedendo facili pianificazioni fiscali con Paesi in cui erano già vigenti regimi di *participation exemption*. Ulteriore obiettivo, quello di incoraggiare i trasferimenti di complessi aziendali attraverso la cessione delle partecipazioni societarie che li rappresentano, in alternativa alla cessione diretta che veniva scoraggiata con l’abrogazione dell’imposta sostitutiva del 19%. *Last but not least*, evitare una doppia imposizione economica, poiché il plusvalore che si realizza sulla partecipazione ceduta si intende implicitamente rappresentato da utili già conseguiti o conseguibili in futuro dalla partecipata e che sconteranno in via definitiva le imposte presso la stessa, che li ha prodotti.

Il caso affrontato dall'Agencia con la [risposta dell'8 luglio 2011, prot. n.954-103114](#), attiene – ed è difficile non attribuire a tale circostanza una certa rilevanza – ad una di quelle insidiosissime (dal punto di vista sistematico) ipotesi di *uscita* dal regime di *participation exemption* con conseguente diritto a dedurre una perdita su partecipazioni.

È fin troppo evidente che la deducibilità di perdite su partecipazioni (non solo da valutazione, ma anche da realizzo) e la loro misurazione sono da sempre uno degli snodi cruciali del sistema dell'imposizione diretta e che la riforma del 2004 sottintendeva, tra i tanti, il malcelato obiettivo di fare piazza pulita di annose *querelle* su tali tematiche. È parimenti evidente, però che il prezzo da pagare per l'introduzione dei paletti e confini insiti nei sopra citati quattro presupposti dell'istituto della *participation exemption* è stato la espressa previsione della deducibilità delle perdite su partecipazioni da realizzo laddove una plusvalenza non avrebbe goduto dell'esenzione (art.101 del Tuir). Orbene nell'istanza in commento si intendeva valorizzare un malinteso requisito della commercialità per il triennio precedente la cessione (minusvalente) della partecipazione al fine di vedersi riconosciuta la deducibilità della perdita sofferta al momento del realizzo. In particolare, arditamente si teorizzava una nozione di attività commerciale circoscritta al momento del "*realizzo economico dei beni oggetto della produzione*" con l'effetto di "*decommercializzare*" tutta l'attività, nel caso di specie, di "*trasformazione e costruzione di unità immobiliari*" che, si legge, non avrebbero prodotto "*nuova ricchezza*". Di per sé non ci sarebbe bisogno di grandi sforzi per confutare tale spericolato avvitamento retorico, ma quando si abbandona il terreno del diritto tributario per avventurarsi nell'immaginario mondo della scienza delle finanze e della microeconomia è doveroso non abbassare la guardia. Ne costituisce monito la triste vicenda dell'abuso del diritto in cui si pensa di passare da un (tanto fondamentale quanto alato) principio costituzionale al *quantum debeat* senza sentire il bisogno del tramite di norma alcuna e, quindi, lasciando briglia sciolta alla sensibilità microeconomica (e purtroppo, sovente anche alla mera fantasia) del verificatore prima e del giudice poi.

Per una migliore comprensione della valenza paradigmatica del pregevole intervento di prassi in commento occorre, peraltro, necessariamente tornare indietro nel tempo a quella che (con il contributo dei soliti *scoop-hunter*) è stata verosimilmente la matrice dei fantasmi sopra menzionati: ci riferiamo ad una, alquanto anodina, Risposta ad una interrogazione parlamentare del 28 luglio 2009, [n.5-01695](#), indicativamente rubricata "*disciplina tributaria applicabile alle plusvalenze da cessioni di partecipazioni in società in fase di start up*". In detta occasione, il rappresentante del Governo si soffermò prima sulla natura di presunzione assoluta relativa a talune tipologie di società immobiliari per poi, senza apparente connessione logica, addentrarsi sulla differente – ed invero di ben più ampia portata – questione della coincidenza del concetto di impresa commerciale con la tipologia di reddito (d'impresa, naturalmente) prodotto, a prescindere e anche al di là dei complessi e talvolta angusti confini della nozione civilistica di impresa di cui all'art.2195c.c.. Pur non sembrando che la Risposta⁸³ contenesse elementi di particolare novità, alcuni primi commenti sottolineavano come la stessa avesse rammentato l'esistenza della [R.M. n.323/E/07](#) che in precedenza aveva affrontato il tema di una società immobiliare che aveva intrapreso "attività preparatorie" rispetto ad una diversa attività commerciale. In tale contesto e senza che né la risoluzione né la risposta all'interrogazione parlamentare avessero svolto alcuna riflessione di carattere generale, i suddetti commenti individuavano presunte interconnessioni con il triennio del requisito della commercialità in questione.

Di qui il passo a verifiche e accertamenti dell'Amministrazione finanziaria che disconoscano il regime di cui al citato art.87 del Tuir, sulla base della asserita inesistenza del requisito della "commercialità" è breve.

⁸³ In effetti, la Risposta non aggiungeva nulla a quanto sino ad allora già rilevato in tema di "commercialità", limitandosi ad un generico (ma non per questo generalizzante) rinvio alla R.M. in questione palesemente volta a risolvere un caso del tutto peculiare e specifico più che a fornire un chiarimento di ordine generale da ritenersi valido in riferimento a qualsivoglia fattispecie. Invero, nella richiamata R.M. la "commercialità" era stata disconosciuta esclusivamente perché già prima dell'inizio delle opere di ristrutturazione dell'albergo (chiaramente propedeutiche all'attività d'impresa) la società non poteva considerarsi commerciale essendo la sua unica attività quella di concedere in locazione a terzi l'immobile di sua proprietà. In altri termini, nel caso di specie, non avrebbe mai cessato di operare la presunzione assoluta di cui alla seconda parte della lettera d) del primo comma dell'art.87.

Non si deve però trascurare l'ampiezza e la portata sistematica dell'istituto in questione, seppur focalizzando l'attenzione, evidentemente alla qualificazione del soggetto partecipato. A tal riguardo, il comma 1 dell'art.87 del Testo Unico, in forza del rinvio operato agli artt.5 e 73 dello stesso decreto, include, nell'ambito applicativo della disposizione, le società in nome collettivo e in accomandita semplice e quelle ad esse equiparate, le società di capitali e gli enti commerciali, sia residenti sia non residenti nel territorio dello Stato. Ne sono escluse, in quanto espressamente previsto, le società semplici e gli enti ad esse equiparati. Il comma 3 estende l'esenzione in argomento, disponendo che la stessa si applichi – alle medesime condizioni – anche agli strumenti finanziari assimilati alle azioni⁸⁴.

Sempre in tema di ambito oggettivo, il comma 1 dell'art.87 prevede che non concorrono alla formazione del reddito imponibile, in quanto esenti, le plusvalenze relative ad alcune delle partecipazioni detenute, realizzate e determinate ai sensi dell'art.86, commi 1, 2 e 3.

Senza voler in questa sede ripercorrere la disciplina, sostanzialmente invariata rispetto al previgente art.54 del Tuir, che regola la determinazione delle plusvalenze si sottolinea unicamente la circostanza – da taluno criticata – che sono suscettibili di esenzione, ove ricorrano le quattro condizioni di cui in appresso, anche le assegnazioni ai soci e le destinazioni a finalità estranea, nell'assunto – che ci sembra corretto – che tali fattispecie, pur svolgendo una lata funzione anti elusiva – condividono con le più canoniche ipotesi che le precedono la natura realizzativa degli utili non distribuiti (anche contabilmente inespressi) sottostanti.

A tal riguardo, seppur *en passant*, ci sia consentita una notazione di merito. Se astrattamente non vi è dubbio alcuno che in un mondo ideale vi sia perfetta fungibilità tra dividendi e *capital gain*, di guisa che una tassazione strabica rispetto alle due ipotesi sarebbe fonte di fin troppo facili aggiramenti, è parimenti palese che in un mondo appena meno perfetto, il prezzo (anche a voler prescindere da ipotesi di non piena contrapposizione di interessi che, evidentemente, non possono assumere alcuna rilevanza su questo piano) può essere influenzato da infinite variabili che possono elevarlo ben al di sopra del livello degli utili non distribuiti, non solo presenti ma anche futuri. Orbene, se l'assunto di base che giustifica, nell'ottica erariale, il modello adottato è che nulla si regala con l'esenzione/esclusione di *capital gain* e dividendi poiché tutto quello che si doveva assoggettare ad imposizione è già emerso (o emergerà) come utile lordo/reddito in capo alla società, le "imperfezioni" del mercato sono, laddove operino nella direzione sopra descritta, foriere di altrettante dolorose rinunce per le casse erariali. Il problema era sicuramente presente al Legislatore che, con le condizioni di periodo minimo di possesso e di esercizio di un'impresa commerciale da parte del soggetto partecipato ha sicuramente inteso arginare il fenomeno ricorrendo a presunzioni (di disallineamento tra prezzo e redditi sottostanti) che come ogni presunzione (assoluta) sconta un certo margine di forfezzazione. È questo, in fondo, il prezzo – non proprio lieve – che si paga nel passare dal tecnicismo dei canestri (nei limiti della loro operatività) all'approccio un po' *grossier* che, sembrerebbe, rischiamo ci sarebbe stato comunque imposto non essendo gradito a Bruxelles un meccanismo che penalizzava l'investimento all'estero dei soggetti residenti.

Ciò premesso occorre ora partitamente esaminare le medesime quattro condizioni previste dalla legge delega di cui si è fatto in precedenza cenno, riprese dal comma 1 dell'art.87 al fine di qualificare "esente" una plusvalenza realizzata ai sensi del citato art.86 del Testo Unico. Tali condizioni devono inequivocabilmente ricorrere simultaneamente.

⁸⁴ Tali sono quegli strumenti la cui remunerazione è totalmente indeducibile in quanto interamente ancorata ai risultati economici della società emittente o dell'affare in relazione al quale sono emessi, nonché ai contratti di associazione in partecipazione ed a quelli di cui all'art.2554 c.c. allorché sia previsto un apporto diverso da quello di opere e servizi: si tratta del contratto di cointeressenza tipizzato dal codice civile anche se, sembrerebbe ragionevole ritenere, solo nella prima delle due varianti (notoriamente tra loro assai dissimili) di partecipazioni agli utili di impresa senza partecipazione alle perdite a fronte di un apporto, giacché nella seconda (attribuzione di una partecipazione agli utili e alle perdite senza il corrispettivo di un apporto) difetta del tutto, per l'appunto, proprio quell'apporto che giustifica l'assimilazione ai titoli partecipativi.

Condizioni a cui è subordinata la <i>Participation Exemption</i>	
I lett. a)	Possesso ininterrotto per 12-13 mesi
II lett. b)	Iscrizione iniziale tra le immobilizzazioni
III lett. c)	Residenza del soggetto partecipato non in un paradiso fiscale
IV lett. d)	Esercizio di un'impresa commerciale da parte del soggetto partecipato

Possesso ininterrotto

La lettera a) del comma 1 dell'art.87 richiede un periodo di possesso delle partecipazioni, ininterrotto sin dal primo giorno del dodicesimo mese precedente a quello dell'avvenuta cessione. È da notare che, in questo caso, il Legislatore ha confermato il periodo minimo di possesso richiesto dalla delega, ossia di dodici mesi che può però giungere sino quasi a tredici, in funzione del giorno del mese in cui avviene la cessione. In merito al problema della stratificazione di acquisizioni in diverse epoche della medesima partecipazione, viene, altresì, disposto che si considerano cedute per prime le partecipazioni acquistate in data più recente. In altri termini, in caso di possesso di quote acquisite in epoche diverse, in sede di cessione si applica il criterio Lifo. Peraltro, la relazione di accompagnamento al D.Lgs. n.344/03 precisa che tale criterio deve applicarsi quando l'acquisto di una partecipazione è avvenuto in più tranches ed una o più delle stesse non soddisfano la condizione minima stabilita dalla lettera a). Al contrario, qualora tutti gli acquisti dovessero soddisfare la condizione indicata prevista dalla citata lettera a) unitamente a quelle delle lettere c) e d) di cui *infra* l'impresa è libera di individuare il costo di acquisto della partecipazione da contrapporre al valore di realizzo secondo il metodo di valutazione dei titoli prescelto, non essendo obbligata al rispetto del criterio Lifo previsto dalla lett. a).

Iscrizione tra le immobilizzazioni finanziarie

La lettera b) del comma 1 dell'art.87 richiede che le partecipazioni siano riconducibili alla categoria delle immobilizzazioni finanziarie sin dal primo bilancio chiuso durante il periodo di possesso. A tale proposito si osserva che il soddisfacimento di tale condizione è richiesto a prescindere dal rapporto di controllo o collegamento sussistente con la società partecipata. Così come chiarisce anche la relazione di accompagnamento al D.Lgs. n.344/03, per esigenze di semplificazione del sistema, ciò che rileva, ai fini dell'esenzione, è pertanto esclusivamente l'originaria iscrizione della partecipazione in bilancio mentre risultano fiscalmente irrilevanti i successivi passaggi della partecipazione da immobilizzazione a circolante o viceversa. Naturalmente, in ipotesi di prima classificazione in bilancio delle partecipazioni nell'attivo circolante è preclusa definitivamente l'applicabilità del regime di esenzione nei confronti delle stesse, a prescindere dalle successive riclassificazioni civilistiche e anche dal periodo di possesso successivo all'acquisto.

Sempre traendo spunto dalla relazione accompagnatoria è possibile osservare che il riferimento al bilancio "chiuso" durante il periodo di possesso consente di risolvere, pro contribuente, tutti quei casi in cui il requisito temporale e la cessione delle partecipazioni si realizzano dopo la chiusura dell'esercizio ma prima della redazione e approvazione del bilancio d'esercizio (es. acquisto a gennaio 2009 e cessione i primi giorni di febbraio 2010).

Residenza fiscale

La lettera c) del comma 1 dell'art.87 richiede il requisito della residenza fiscale della società partecipata in un Paese diverso da quelli a regime fiscale privilegiato ai sensi dell'art.167, co.4, del Testo Unico, in materia di *Controlled Foreign Companies* (CFC). È fatta salva la possibilità per il contribuente, di dimostrare, tramite interpello, che dalle partecipazioni non sia stato conseguito, sin dall'inizio del periodo di possesso, l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori in cui i medesimi redditi sono soggetti a regimi fiscali privilegiati. Risulta evidente che la norma penalizza, in prima istanza, le partecipazioni in società che risiedono in uno dei Paesi inclusi nella *black list* per le quali si esclude il beneficio dell'esenzione. La *ratio* della disposizione deriva

dalla considerazione che l'assenza di imposizione o un livello di tassazione significativamente ridotto dei redditi collocati in Paesi CFC rende inutile l'attribuzione a favore della partecipante del beneficio di esenzione delle plusvalenze su dette partecipazioni.

Esercizio d'impresa

Infine, la lettera d) del comma 1 dell'art.87, prevede che la società partecipata eserciti un'impresa commerciale ai sensi dell'art.55 del Testo Unico, laddove per impresa commerciale si intende una delle attività indicate dall'art.2195 del Codice Civile, anche se non organizzate in forma d'impresa.

Accanto alla regola generale sopra citata, la norma, prevede una restrizione al concetto di impresa commerciale, introducendo una presunzione assoluta di non commercialità relativamente alle partecipazioni in società il cui patrimonio è prevalentemente costituito da beni immobili diversi dagli impianti e dai fabbricati utilizzati direttamente nell'esercizio d'impresa. La norma ha carattere antielusivo perché evita di rendere esenti le plusvalenze sugli immobili che – attraverso lo schermo societario – sarebbero indirettamente ceduti, per il tramite del bene di secondo grado che li rappresenta. In sostanza, si escludono, senza possibilità di prova contraria, le società immobiliari presumendo che in esse non vi sia esercizio d'impresa. Per scelta legislativa gli immobili concessi in *leasing*, invece, si considerano utilizzati direttamente nell'esercizio d'impresa. Gli interventi dell'ultim'ora sono serviti solo a precisare meglio il significato degli insidiosi termini di patrimonio costituito (non più "investito"), escludendo che lo stesso possa coinvolgere il comparto di bilancio del circolante (tipicamente, società di costruzioni).

La norma, inoltre, prescinde dal requisito di commercialità nell'ipotesi in cui la partecipazione sia detenuta in società i cui titoli sono negoziati nei mercati regolamentati. In tal caso, se una società immobiliare fosse quotata in borsa, la partecipazione in essa detenuta, in presenza di tutti gli altri requisiti richiesti, beneficerebbe del regime di esenzione.

Un'altra significativa deroga alla regola generale espressa dalla lettera d) in merito al requisito di commercialità è rappresentata dalla disposizione di cui al comma 4 dell'art.87, riguardante le *holdings* di partecipazione. Il legislatore delegato ha, infatti, previsto, per le partecipazioni in questo tipo di società, la cui attività consiste in via esclusiva o prevalente nell'assunzione di partecipazioni, che i due requisiti relativi alla residenza fiscale ed all'esercizio di un'impresa commerciale debbano essere individuati in capo alle società indirettamente partecipate e si verificano quando sussistono nei confronti delle partecipate che rappresentano la maggior parte del patrimonio sociale della partecipante. Ciò che rileva, quindi, è che le partecipate della *holding* siano operative, ossia che esercitino un'effettiva attività commerciale, e siano, altresì, residenti in Paesi estranei alla *black list*. La finalità è di evitare un facile aggiramento della norma attraverso l'interposizione di sub-holding che – agendo come uno "schermo protettivo" – renda esenti plusvalenze su patrimoni immobiliari o su società residenti nei paradisi fiscali.

Detta ultima disposizione, (art.87 co.4 lett.d), come noto, ha il concreto effetto di ampliare sostanzialmente l'accezione "fiscale" di commercialità rispetto a quella più prettamente civilistica così come codificata nell'art.2195 del Codice Civile. Nel contesto dell'art.55, infatti, vengono considerate possedere il requisito della commercialità più semplicemente le attività che siano idonee a generare reddito di impresa. È altrettanto noto che la stessa lettera d) del secondo comma dell'art.87 prevede quale presunzione assoluta che il requisito in parola non sussiste per quelle società che possiedono un patrimonio prevalentemente investito in beni immobili (che siano diversi dagli immobili considerati "beni merce").

Nella formulazione contenuta nell'art.4, co.1, lett. c), della Legge delega⁸⁵ si richiedeva espressamente che, ai fini dell'applicazione dell'esenzione della plusvalenza, la società partecipata svolgesse un'attività commerciale "effettiva". Il Decreto attuativo⁸⁶ tuttavia, chiaramente e volutamente non ha seguito tale indirizzo tanto che il testo definitivo dell'art.87, come noto, non contiene alcun riferimento alla "effettività"

⁸⁵ L. n.80/03.

⁸⁶ D.Lgs. n.344/03.

dell'attività commerciale esercitata dalla società le cui partecipazioni a seguito della loro cessione hanno generato una plusvalenza.

Come notato anche dall'Assonime nella circolare n.38/05⁸⁷, ciò è stato dovuto proprio all'esigenza di evitare che l'interprete fosse costretto a cimentarsi in complessi, e per certi versi opinabili, riflessioni al fine di individuare, ad ogni ipotesi di applicazione della disciplina della *participation exemption*, gli specifici criteri in base ai quali stabilire se la società partecipata abbia o meno svolto un'attività imprenditoriale che possa considerarsi "effettiva". Oltretutto sempre secondo l'Assonime, non dovrebbe essere consentito dalla ratio della *participation exemption* la facoltà per il contribuente di attivare o disattivare arbitrariamente il regime fiscale applicabile, attraverso una temporanea e volontaria sospensione dell'attività commerciale. Dal canto suo l'Amministrazione Finanziaria ha chiarito⁸⁸ che la disciplina *de qua* si rende applicabile anche laddove la società partecipata sia in stato di liquidazione e quindi in una fase in cui è ben possibile che non venga svolta alcuna attività propriamente imprenditoriale.

Appare utile sottolineare come anche la giurisprudenza e la dottrina che, sotto il profilo più strettamente civilistico, nel tempo si è cimentata nell'interpretazione della nozione di "impresa commerciale" abbia avuto modo di affermare che anche gli atti che si caratterizzano per essere meramente preparatori e prodromici alla successiva attività commerciale rientrano appieno tra quelli che possono determinare in capo a chi li compie l'acquisto della qualità di imprenditore già durante la fase organizzativa⁸⁹. L'unica condizione richiesta è che tali atti non tradiscano una mera intenzione di dedicarsi all'attività imprenditoriale, bensì siano concreti e finalizzati al suo svolgimento. È stato affermato, a tal proposito, che in presenza di un "esteriore apparato organizzativo", anche il compimento di un solo atto riconducibile a tale organizzazione può comportare la qualifica di imprenditore commerciale.

Anche nell'ambito dell'Iva⁹⁰, tanto la dottrina⁹¹ quanto la giurisprudenza⁹² si sono più volte espressi nel senso che è attività di impresa anche quella iniziale di predisposizione dei mezzi della produzione. Indirizzo questo, per altro, espressamente condiviso dalla stessa Amministrazione Finanziaria⁹³, secondo la quale:

"l'attività d'impresa deve infatti intendersi esercitata fin dal momento in cui vengono posti in essere atti che non lasciano dubbi sulla circostanza che essi siano i primi di una lunga serie di atti, posti in essere nel quadro di un procedimento produttivo, finalizzati, quindi, ad una attività professionalmente esercitata. Sono atti di impresa tutti gli atti preordinati al fine della produzione e dello scambio di beni e servizi".

A tutto ciò si aggiunga che l'impostazione che ora si critica non sembrerebbe avere alcuna corrispondenza con la *ratio* propria della disposizione di cui alla lettera d) del primo comma dell'art.87. Se, infatti, la funzione di tale previsione è sostanzialmente quella di evitare che la cessione delle partecipazioni venga utilizzata quale mero strumento per trasferire in esenzione beni di primo grado senza che esista una effettiva attività economica, non si vede per quale ragione non debba essere computate nell'*holding period* quella fase della vita di quasi ogni società in cui la stessa pone in essere le indispensabili attività propedeutiche all'attività imprenditoriale vera e propria che spesso richiedono un notevole lasso di tempo. Voler negare la sussistenza del requisito della commercialità, ad esempio, in ipotesi in cui l'avvio dell'attività imprenditoriale è per legge subordinata al rilascio di specifica autorizzazione amministrativa (il cui procedimento che può necessitare anche molti mesi), non risponderebbe alla descritta *ratio* della norma,

⁸⁷ In particolare par.6.4, pag.50.

⁸⁸ C.M. n.10/E del 16 marzo 2005.

⁸⁹ Dunque anticipatamente al primo atto di gestione, quando l'attività imprenditoriale è ancora in una fase potenziale, Cfr. Cass. del 13 agosto 2004, n.15769; S. Cassese, *Attività d'impresa: atti preparatori e apparato organizzativo*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, pag.143.

⁹⁰ In questa sede non si ritiene necessario né opportuno esaminare compiutamente l'autonomia della disciplina impositiva in commento rispetto alla disciplina Iva cui si ricollegano i contributi dottrinari (peraltro avallati dalla giurisprudenza della Corte UE), essendo sufficiente menzionarli quali indici di un orientamento generale che prescinde dallo specifico contesto normativo che riconosce la necessità di un approccio prospettico nella valutazione delle fasi di *start up*.

⁹¹ Tra gli altri si veda G. Melis, *"Atti preparatori, esercizio di attività economiche e detrazione Iva"*, in *Rivista di Diritto Tributario*, 1996, II, pag.899; A. Santi, *L'imprenditore può detrarre l'Iva sulle operazioni passive propedeutiche all'avviamento*, *Corriere tributario*, 2003, pag.982.

⁹² Su tutte si vedano Cass. 21 dicembre 2004, n.14350; CTC 15 dicembre 1989, n.7781 (*"per inizio dell'attività si deve intendere non solo l'intrito di ricavi ma anche la sottoposizione a costi preordinati e finalizzati all'esercizio di un'attività"*) e del 16 novembre 1991, n.7799.

⁹³ R.M. n.124/E/98.

quanto piuttosto ad un – giuridicamente ingiustificato – intento restrittivo del novero dei soggetti che possono beneficiare del regime di esenzione parziale.

Si consideri, infine, che la stessa Amministrazione Finanziaria nella [C.M. n.36/E/04](#), esplicativa della disciplina contenuta nel citato art.87, ha dimostrato, seppure implicitamente, di ritenere in tutto e per tutto esistente il requisito *de quo* sin dal momento della costituzione di una società. Al paragrafo 2.3.4. della C.M., infatti, viene espressamente sottolineato che, stante la natura prettamente antielusiva della disposizione recata nel secondo comma dell'art.87, deve ritenersi 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*”. E ciò è esattamente come per l'altro requisito della residenza in un paese non *black list*. Ebbene, a meno di voler credere che i redattori della C.M. ritenessero che una società possa produrre ricavi sin dal giorno della sua costituzione, è del tutto evidente che il requisito della commercialità è stato ritenuto del tutto slegato ed indipendente dalla produzione di ricavi.

A tutto ciò si aggiungano due ulteriori considerazioni.

Non pare che il non riconoscimento del requisito in parola alle società in fase di *start up* sia effettivamente conciliabile con l'orientamento espresso esplicitamente nella successiva C.M. n.10/E/05. In tale occasione, infatti, l'Amministrazione ha precisato che la disciplina della *participation exemption* si rende applicabile anche nei casi in cui la società partecipata si trovi in stato di liquidazione, e quindi in una fase in cui è ben possibile che non venga svolta alcuna attività propriamente imprenditoriale, (del tutto assimilabile a quella di avvio della società stessa) senza che venga prodotto alcun ricavo.

Infine, appare non secondaria la constatazione per cui, in sede di disapplicazione della normativa sulle cosiddette “società di comodo”, la prassi consolidata dell'Amministrazione Finanziaria è quella di accogliere le istanze di interpello disapplicativo presentate da quelle società che, pur non producendo ricavi (o un sufficiente ammontare di ricavi), svolgono attività propedeutiche all'avvio dell'attività tipica. Risulterebbe, dunque, una irrazionale incongruenza laddove la stessa società venisse considerata “operativa”, e quindi commerciale, per una data disciplina e venisse allo stesso tempo ritenuta “non commerciale” ai fini dell'applicazione del regime della *participation exemption*, ritenendo così integrato, peraltro, un requisito (quello della commercialità) che ha, esattamente come la normativa sulle società di comodo, una funzione squisitamente antielusiva.

A parere di chi scrive, dunque, il giusto *focus* sui rapporti tra i singoli presupposti della disciplina di esenzione delle plusvalenze societarie, può più agevolmente cogliersi in un altro recente intervento amministrativo, la [R.M. n.226/E/09](#), che ha negato il soddisfacimento del requisito della commercialità nel solco della teorizzazione delle “società senza impresa” con riferimento ad una situazione di ipotetico “mero godimento” di un marchio d'impresa. In altri termini, la scelta del Legislatore del dicembre 2003, nel definire il quarto presupposto della *participation exemption*, di rinviare ad una norma scritta inequivocabilmente per le imprese individuali (l'art.55 del Tuir) impone uno sforzo di astrazione (seppur e per tutt'altre ragioni evocata come “verifica di tipo fattuale”) che si sostanzia nel valutare l'idoneità a produrre reddito di impresa del soggetto societario in questione ove spogliata di detta veste societaria e, quindi, indagato con le lenti che si usano per gli imprenditori individuali. Ciò porta inevitabilmente alla conclusione che il mero godimento di un bene (nel caso di specie il marchio) non integra i presupposti della commercialità così come voluti dall'art.87 del Tuir.

Rispetto a tale impostazione possono essere svolte due ordini di considerazioni, sempre di carattere generale. La prima attiene al rischio che, di assonanza in assonanza, si finisca col cimentarsi in tale peculiare astrazione ogni volta che la norma evochi il concetto di impresa riferito a soggetti societari ma senza rinviare all'art.55 del Tuir. Non bisogna, invece, dimenticare che il presupposto della *participation exemption* in questione nasce dal famoso *slogan* dalle persone alle cose che ispira il cuore della riforma del 2004, vale a dire l'accettazione del legislatore di rinunciare sistematicamente alla tassazione dell'imposizione sui beni di secondo grado (le partecipazioni societarie, *in primis*) in contropartita di una tassazione sui beni di primo

grado (per quanto di interesse, le imprese) in assenza del benché minimo meccanismo di credito di imposta. È agevolmente comprensibile che tale “scambio” debba avvenire tra realtà, almeno potenzialmente, omogenee sia nella loro consistenza sia sotto il profilo temporale. Se, invece, il bene di primo grado è di per sé idoneo a celare (vale a dire lasciare in latenza), per una quota e per un tempo significativi, le potenzialità reddituali che alimentano la quotazione del bene di secondo grado che lo rappresenta, è comprensibile che il legislatore “non ci stia”. Ciò spiega la presunzione di cui alla stessa lettera d) del primo comma dell’art.87, relativamente agli immobili concessi in locazione per i quali una parte potenzialmente rilevante del loro valore è sovente riferibile non tanto al flusso di reddito “di godimento” (i canoni) quanto alle plusvalenze che rimarrebbero latenti ove si consentisse una circolazione in esenzione del bene attraverso il veicolo societario. In questo solco, si può accettare una estensione a peculiari ipotesi di società di “mero godimento” di un marchio, ma è chiaro che, rispetto al tema delle *start up* che ci occupa, non vi è alcun punto di contatto. Il tema rimane quello dell’inizio dell’attività, tema – come sopra seppur sinteticamente rappresentato – ampiamente e da più angolature esaminato da prassi e giurisprudenza e rispetto al quale è del tutto evidente che difettano alla radice preoccupazioni anche latamente antielusive: se l’attività non è iniziata (veramente!) va da sé che il veicolo societario è una scatola vuota che riflette la sua consistenza contabile (il capitale versato meno le spese di costituzione) e, quindi, inidoneo a celare plusvalenze latenti. Se la plusvalenza c’è, per quanto “immaterialmente” l’effluvio imprenditoriale già deve aver animato e vivificato lo scheletro societario.