

Il carattere commerciale dell'impresa secondo il fisco

di Fabio Carriolo

Aspetti generali

L'imprenditore commerciale è quella figura che rientra nelle classificazioni di cui all'art. 2195 del codice civile, più avanti riportate: a tale soggetto, esercitante quelle attività al fine della produzione o scambio di beni e servizi e con autonoma organizzazione (come richiesto dall'art. 2082 del codice), si applicano disposizioni quali quelle relative all'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese e in generale le norme civilistiche a esso dedicate. Solo questa figura è soggetta a fallimento ed è tenuta per legge a istituire le scritture contabili.

Come è noto, l'impresa può far capo a una sola persona (imprenditore individuale) ovvero a una società o a un ente pubblico (imprenditore collettivo). Come verrà chiarito più avanti, la soggettività dell'imprenditore commerciale – sia individuale che collettivo – comporta il sorgere di una vasta serie di obblighi e problematiche sotto il profilo fiscale, a partire dalla necessità di aprire formalmente l'attività con una particolare posizione IVA (ciò che comporta la soggezione a tale imposta e ai relativi obblighi strumentali), e passando attraverso la determinazione analitica del reddito, in linea generale sulla base dell'utile di bilancio, nonché attraverso la determinazione di un valore della produzione netta (VPN) come base imponibile dell'IRAP.

Occorre altresì considerare che la nozione fiscale di impresa commerciale non è del tutto sovrapponibile a quella civilistica, prestandosi anche a includere ipotesi diverse che sono tuttavia classificate dal TUIR come produttive di reddito di impresa.

Impresa civilistica e fiscale

A tale riguardo può essere rammentato che:

- rientrano nell'«impresa» civilistica le attività industriali dirette alla produzione di beni o di servizi, le attività intermedie nella circolazione dei beni, le attività di trasporto per terra, per acqua o per aria, le attività bancarie e assicurative e le altre attività ausiliarie delle precedenti;
- rientrano nell'«impresa» fiscale (artt. 55 e seguenti, TUIR), oltre alle attività precedentemente indicate, anche le ulteriori attività comunque organizzate in forma d'impresa, quelle di sfruttamento di «risorse naturali» sopra indicate, e quelle agricole al di sopra dei limiti della tassazione catastale.

L'adattamento della nozione nel contesto tributario, in particolare nel settore delle imposte sui redditi, ha comportato l'inclusione nel sistema del reddito d'impresa sia delle imprese commerciali in senso proprio, sia delle attività dirette alla prestazione di servizi non rientranti nell'ambito dell'art. 2195 c.c., ma organizzate in forma d'impresa, nonché dell'attività di sfruttamento di miniere, cave, torbiere, saline, laghi, stagni e altre acque interne, oltre che delle attività agricole eccedenti, di cui all'art. 32, secondo comma, lettere b) e c), del TUIR.

«Impresa», per il nostro legislatore, è sinonimo di attività economica organizzata, e per tale motivo tale concetto ha assunto un'importanza cruciale, in particolare per quanto attiene alla soggettività passiva IRAP, dal momento che costituisce presupposto di tale imposta, ai sensi dell'art. 2, primo comma, del D.Lgs. 15.12.1997, n. 446, l'«*esercizio abituale di una attività autonomamente organizzata diretta alla produzione o allo scambio di beni ovvero alla prestazione di servizi*». Il successivo secondo comma dell'articolo aggiunge che «*l'attività esercitata dalle società e dagli enti (...), costituisce*

in ogni caso presupposto di imposta», e con ciò porta a escludere ogni possibile dubbio in ordine alla soggettività passiva IRAP per i soggetti «collettivi» (società ed enti).

L'esercizio di attività di impresa commerciale si associa nel sistema tributario domestico italiano a una serie di regimi, peculiarità e condizioni, che si focalizzano proprio sulla valorizzazione dell'attività di produzione / scambio, tassata analiticamente (cioè escludendo in linea di principio i fattori necessari e calcolando il prelievo sull'utile netto) e (sempre in linea di principio) tenuta indenne dalla tassazione sui consumi (IVA) attraverso il meccanismo della detrazione.

In particolari ambiti (esenzione fiscale per la cessione di partecipazioni - «pex» -, società estere CFC, etc.), occorre altresì verificare che la commercialità sia effettiva, e talora (come nelle CFC con riferimento al mercato estero) che si tratti di un'attività svolta in via principale.

Una analoga preoccupazione per le condizioni di effettivo esercizio dell'attività può riscontrarsi nella disciplina in materia di società di comodo e in perdita sistematica, con riguardo alla sussistenza di condizioni oggettive in grado di giustificare la situazione di non operatività (o perdita sistematica) in sede di disapplicazione *ex art. 37-bis*, ottavo comma, del D.P.R. n. 600/1973.

La participation exemption

L'introduzione in Italia del regime della participation exemption, originariamente fondato sull'esenzione totale dall'IRES e parziale dall'IRPEF delle plusvalenze da cessione di partecipazioni emergenti nell'ambito del reddito d'impresa, costituiva il «perno» intorno al quale ruotava la «macchina» della riforma «Tremonti» del 2001-2004.

Come è noto, la c.d. «*pex*» si traduceva nell'esenzione totale da imposizione delle plusvalenze da cessione di partecipazioni che soddisfacessero alcune condizioni specificamente individuate dal legislatore, e la correlata indeducibilità delle minusvalenze generate dallo stesso tipo di partecipazioni.

Le successive modifiche normative del 2005 hanno ridotto l'appello dell'istituto, rendendo parziale l'esenzione e aumentando il necessario periodo minimo di possesso della partecipazione.

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

- α) l'ininterrotto possesso delle partecipazioni dal primo giorno del dodicesimo mese precedente quello dell'avvenuta cessione, considerando cedute per prime le azioni o quote acquisite in data più recente (*minimum holding period*);
- β) la classificazione nella categoria delle immobilizzazioni finanziarie nel primo bilancio chiuso durante il periodo di possesso;
- χ) la residenza fiscale della società partecipata in uno Stato o territorio di cui al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'art. 168-bis, o, alternativamente, l'avvenuta dimostrazione, a seguito dell'esercizio dell'interpello secondo le modalità di cui al quinto comma, lett. b), dell'art. 167, che dalle partecipazioni non sia stato conseguito, sin dall'inizio del periodo di possesso, l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori diversi da quelli individuati nel medesimo decreto;
- δ) l'esercizio da parte della società partecipata di un'impresa commerciale secondo la definizione di cui all'art. 55, con presunzione assoluta di «non commercialità» laddove la maggior parte dell'attivo patrimoniale sia investita in immobili che non sono né strumentali, né «mer-

ce»; il requisito non deve essere verificato per le partecipazioni in società i cui titoli sono negoziati in mercati regolamentati.

La nozione di commercialità in tale ambito

Per quanto attiene al requisito di commercialità accolto in ambito *pex*, si evidenzia che la normativa di riferimento è orientata a escludere l'esonazione per le attività prevalentemente immobiliari (senza però considerare gli immobili strumentali e gli immobili-merce).

In definitiva, la *pex* non deve premiare le gestioni di tipo immobiliare-patrimoniale, perché queste non si traducono in una reale attività di impresa, generatrice di valore aggiunto, bensì nella speculazione su un incremento di valore legato all'andamento del mercato immobiliare.

A tale riguardo, occorre considerare che:

- *«l'esonazione della plusvalenza realizzata a seguito della cessione della partecipazione detenuta in una società immobiliare, pur sussistendo gli altri requisiti di cui all'art. 87 del TUIR, è consentita solo qualora sia ceduta un'effettiva attività d'impresa che abbia per oggetto la costruzione o la vendita degli immobili e non già la mera utilizzazione passiva degli stessi» (risoluzione dell'Agenzia delle Entrate 15.12.2004, n. 152/E);*
- *«solo attraverso il diretto utilizzo è, [...], possibile escludere l'immobile in parola dal novero di quelli che qualificano - qualora di valore prevalente rispetto al patrimonio totale e senza possibilità di prova contraria - la partecipata quale società "non commerciale". Né può essere considerato "direttamente utilizzato" nell'attività d'impresa l'immobile in fase di "adattamento" allo scopo cui sarà destinato» (risoluzione dell'Agenzia delle Entrate 9.11.2007, n. 323/E).*

Si evince da tali puntualizzazioni che – fatta salva la possibilità di applicazione in ogni caso del regime in parola se la partecipata è quotata in mercati regolamentati – i requisiti di commercialità imposti dalla *pex* sono particolarmente stringenti, potendo venir meno semplicemente se la parte immobi-

liare dell'attivo patrimoniale è prevalente, sempre che detti immobili non siano «afferenti» all'attività imprenditoriale (ma, trattandosi di immobili strumentali, occorre anche il requisito del diretto utilizzo nell'attività medesima).

Il carattere strumentale degli immobili

Una gestione meramente immobiliare-patrimoniale è quindi idonea a far venire meno il requisito della commercialità, e ciò risulta evidente anche pensando alla richiamata normativa speciale in materia di società di comodo (art. 30, L. n. 724/1994, e s.m.), ambito nel quale è in verità richiesta la produzione di un ricavo minimo ritenuto «congruo», ma la presenza di beni immobili iscritti in bilancio tra le immobilizzazioni materiali svolge un ruolo particolarmente significativo nell'incrementare i valori del test di operatività.

La Cassazione ha talvolta escluso il carattere della strumentalità con riferimento agli immobili detenuti da imprese svolgenti attività nel campo immobiliare, i quali vengono di fatto utilizzati come beni-merce, direttamente produttivi di proventi qualificabili come ricavi.

In particolare, possono essere richiamate sul punto le seguenti pronunce:

- **Cass., Sez. I, 6.7.1990, n. 7158**, secondo la quale il requisito della strumentalità ricorre se l'immobile è «*inserito nel complesso dei mezzi di cui l'imprenditore si avvale per la produzione e lo scambio dei beni o servizi e, quindi, per conseguire lo scopo di lucro*», mentre non sussiste se si tratta di beni «*... direttamente impiegati dalla società come oggetto di scambio ricevendo dai terzi a titolo di corrispettivo della prestazione del loro godimento la controprestazione dei canoni (...)*»;

- **Cass., Sez. I, 3.4.1992, n. 4086**; in tale sentenza, i giudici di legittimità hanno affermato che *«l'immobile locato dalla società immobiliare non è strumento, ma oggetto dell'attività imprenditoriale; esso perciò produce un reddito autonomo (canoni), mentre l'immobile strumentale per l'esercizio dell'impresa, essendo inserito nel complesso aziendale, non è idoneo a creare un reddito autonomo»*;
- **Cass., Sez. I, 29.3.1996, 2934**, secondo la quale *«non ricorre (...) tale condizione di strumentalità qualora l'immobile sia utilizzato mediante locazione, questa costituendo l'attività imprenditoriale tipica del soggetto contribuente, di guisa che l'immobile si configuri, non quale strumento, bensì quale oggetto dell'attività, come tale produttivo di un reddito (costituito dai canoni percepiti a titolo di corrispettivo per il godimento del medesimo da parte del locatario) che venga a rappresentare immediatamente e direttamente una parte del profitto di impresa»*.

Secondo la più recente **Cass. Sez. Trib., 19.4.2007, n. 12999**, la strumentalità per natura – ex art. 40, D.P.R. 917/1986 - non deve essere intesa come un *«riconoscimento della strumentalità del bene a prescindere dalle caratteristiche del medesimo in rapporto con l'attività dell'azienda»*, esigendosi anche in tale ipotesi *«la prova della funzione strumentale del bene in relazione all'attività dell'azienda»*. La verifica in questione può essere evitata solamente se risulta provata *«l'insuscettibilità senza radicali trasformazioni) di una destinazione del bene diversa (da quella accertata in rapporto strumentale con l'attività aziendale)»*, al di là della classificazione catastale del bene medesimo.

La questione della strumentalità dei beni immobili è stata oggetto della prassi interpretativa riguardante talune agevolazioni tributarie specificamente concesse nella prospettiva dell'incremento degli investimenti produt-

tivi delle imprese. In particolare, con riferimento alla c.d. «Tremonti-bis», è intervenuta **la risoluzione dell’Agenzia delle Entrate 24.12.2002, n. 393/E**.

Alla luce di tale pronuncia, l’agevolazione risultava concessa in presenza di beni immobili strumentali anche solo per natura (ancorché non utilizzati in concreto nell’attività dell’impresa), trattandosi di cespiti che per le proprie caratteristiche oggettive non potevano essere diversamente utilizzati a meno di radicali trasformazioni. Risultando quindi valorizzata la «natura» strumentale del bene, era esclusa rilevanza all’impiego dello stesso nell’ambito dell’attività produttiva dell’impresa. Poteva pertanto trattarsi anche di un bene produttivo di ricavi (canoni locativi), eventualmente iscritto contabilmente tra le rimanenze anziché tra le immobilizzazioni.

La commercialità per le holding

Nel caso delle società holding «i requisiti di cui alle lett. c) e d) del comma 1 si riferiscono alle società indirettamente partecipate e si verificano quando tali requisiti sussistono nei confronti delle partecipate che rappresentano la maggior parte del valore del patrimonio sociale della partecipante» [art. 87, quinto comma, TUIR; circolare n. 36/E del 2004, paragrafo 2.3.5].

Inoltre, «al fine di qualificare per l’esenzione una partecipazione in una holding, i requisiti di cui alle lettere c) e d) (residenza in Paesi o territori diversi da quelli compresi nella black list ed esercizio di un’impresa commerciale) devono sussistere non in capo alla stessa holding, bensì in capo alle società da questa direttamente o indirettamente partecipate e alle relative stabili organizzazioni».

«Dovendo verificare la prevalenza del valore delle partecipazioni possedute da una holding in una sub holding, occorrerà valutare anche le partecipazioni da quest’ultima possedute. In tal caso, infatti, per la corretta determina-

zione dei requisiti in capo alla holding, è necessario che sia eliminato lo 'schermo' costituito dalla sub holding, in modo che le società indirettamente partecipate possano riflettere pro quota i propri requisiti di commercialità e di residenza direttamente in capo alla holding di primo livello».

Le ulteriori indicazioni ufficiali di prassi

Per quanto è stato posto in evidenza nella **circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 7/E del 29.3.2013** (paragrafo 1), si è in presenza di un'impresa commerciale ai fini *pex* se la società partecipata è 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 inoltre nel caso in cui l'impresa disponga 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 carattere commerciale della partecipazione non può fondarsi esclusivamente sul contenuto dell'oggetto sociale e sulla qualifica formale attribuita all'attività esercitata.

L'oggetto sociale rileva infatti ai fini della sussistenza del requisito della commercialità solamente se trova rispondenza nelle attività in concreto 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 ad essere fisiologicamente destinate a generare ricavi a distanza di anni dalla loro costituzione, giacché il conseguimento di ricavi costituisce un indicatore utile ma non essenziale ai fini della verifica.

La struttura adeguata alla produzione / commercializzazione

Sempre nella circolare sopra richiamata del 2013 (paragrafo 1.1), ci si sofferma sul possesso ininterrotto dei requisiti di cui alle lettere c) e d) almeno dall'inizio del terzo periodo d'imposta anteriore al realizzo.

In particolare quanto alla sussistenza ininterrotta della commercialità (ai fini del riconoscimento dell'esenzione sulla plusvalenza realizzata), fa presente la circolare che possono verificarsi dei periodi di sospensione momentanea dell'attività. In tali ipotesi, se l'interruzione è breve e l'impresa continua a essere dotata di una struttura operativa che le consente di riprendere il processo produttivo in tempi ragionevoli in relazione all'oggetto dell'attività d'impresa, il periodo di inattività non è rilevante e la *pex* non viene compromessa.

In tali termini, l'esistenza in capo alla partecipata di una struttura adeguata a soddisfare la domanda del mercato prevale rispetto alla semplice circostanza costituita dall'esercizio effettivo e continuo di un'attività.

Se tuttavia l'interruzione dell'attività deriva da un depotenziamento dell'azienda (ad esempio, a seguito di cessione di asset rilevanti, licenziamento di personale, conseguimento dell'oggetto sociale, etc.), è necessario valutare caso per caso non si configuri un'ipotesi di liquidazione di fatto, nel qual caso tornano applicabili i chiarimenti forniti al paragrafo 5.6 della circolare n. 10/E del 16 marzo 2005 per le società in liquidazione ordinaria.

L'assenza di un'attività commerciale nel triennio che precede il realizzo comporta che le eventuali minusvalenze risultano integralmente deducibili, giacché in tale ipotesi non si applica il regime *pex*.

La commercialità delle imprese *start up*

Al paragrafo 2, la circolare inquadra la nozione di commercialità per le imprese in fase di *start up*, precisando nuovamente che questa nozione «*si concretizza nell'idoneità anche potenziale dell'impresa a soddisfare le richieste provenienti dal mercato nei tempi tecnici ragionevoli in relazione alle specificità dei settori economici di appartenenza*».

In sintesi, detto incidentalmente: nella potenzialità produttiva dell'impresa. In tale prospettiva, appare essenziale, ai fini della determinazione del momento a partire dal quale l'impresa può qualificarsi come commerciale, «*identificare le attività prodromiche finalizzate all'allestimento della struttura organizzativa aziendale necessaria all'esercizio dell'attività dell'impresa (c.d. fase di start up)*».

Qui l'Agenzia fa diretto richiamo al principio contabile OIC n. 24, argomentando che sono tipiche della fase di *start up*, a titolo esemplificativo, «*tutte le attività dirette a costituire, definire e rendere operativa la struttura aziendale, comprese quelle relative agli studi preparatori, all'ottenimento di permessi, licenze e autorizzazioni, alle ricerche di mercato, all'addestramento iniziale del personale, all'acquisizione delle risorse finanziarie e tecniche necessarie ad avviare l'attività dell'impresa*».

La fase di *start up* costituisce un fattore essenziale e imprescindibile della vita dell'impresa ed «*è suscettibile di assumere una connotazione commerciale, ai fini pex, nell'ipotesi in cui venga seguito dallo svolgimento dell'attività d'impresa*».

Quindi, secondo l'Agenzia, la commercialità sussiste anche per l'impresa *start up* se questa fase preparatoria viene seguita dall'effettivo svolgimento dell'attività per la quale l'impresa stessa è stata costituita.

L'Agenzia distingue al riguardo le seguenti ipotesi:

www.commercialistatelematico.com

- la società partecipata intraprende, immediatamente dopo la fase di *start up*, l'attività per la quale è stata costituita: in tale ipotesi, l'esercizio dell'attività d'impresa - dopo la conclusione della fase preparatoria - realizza un effetto di trascinamento all'indietro del requisito della commercialità;
- al momento del realizzo della partecipazione, la fase preparatoria non è ancora completata: in tale ipotesi il requisito della commercialità ai fini pex non ricorre in quanto la partecipata non può essere considerata un'impresa commerciale; l'avente causa del trasferimento della partecipazione (cioè il soggetto acquirente) può computare - ai fini della verifica 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'acquirente) la società partecipata abbia acquisito un carattere commerciale¹;
- la costituzione della società è seguita da un periodo di inattività: questo periodo non può essere considerato rilevante ai fini della maturazione del requisito della commercialità; pertanto, detto requisito inizia a decorrere solamente dall'inizio delle attività prodromiche da *start up*.

In definitiva: la fase preparatoria assume rilevanza e qualifica la partecipazione ai fini della commercialità solamente se e in quanto concretamente finalizzata alla successiva attività commerciale.

¹ Il requisito temporale di commercialità deve infatti essere verificato in capo alla società partecipata – come precisato nella circolare n. 36/E del 2004 (par. 2.3.4) -, ed è quindi irrilevante che la partecipazione sia stata posseduta, nel periodo di riferimento, dallo stesso soggetto che realizza la plusvalenza ovvero dal suo dante causa, così come risulta ininfluenza la modalità di acquisizione della partecipazione.

Esemplificazioni

Tra i casi presi in considerazione nella citata circolare n. 7/E (par. 3.1) figura quello delle imprese concessionarie di lavori pubblici.

Nell'ambito delle concessioni dirette alla progettazione, esecuzione e gestione funzionale ed economica di opere di interesse pubblico o di pubblica utilità, di cui al D.Lgs. 12.4.2006, n. 163 e s.m., l'Agenzia ritiene che l'esercizio di impresa commerciale deve ritenersi sussistente già nelle fasi iniziali di progettazione ed realizzazione dell'investimento, in quanto queste attività sono direttamente riconducibili al più ampio oggetto sociale per il quale la società è stata costituita.

Si tratta in questa ipotesi di attività costituenti la realizzazione parziale dell'oggetto sociale, in grado di qualificare l'impresa come commerciale anche se non è ancora avviata la successiva fase di gestione dell'opera.

È sempre determinante il fatto che l'impresa disponga di una struttura adeguata a soddisfare la domanda del mercato in tempi ragionevoli, in quanto si trova nella condizione di dare inizio alla realizzazione dell'opera infrastrutturale, che include la fase progettuale iniziale².

Per quanto attiene alle imprese operanti nel settore della produzione di energia (par. 3.2), osserva l'Agenzia che esse pongono tipicamente in essere una serie di attività preliminari riconducibili alla fase di *start up* (ricerca dei siti ove ubicare gli impianti, ottenimento dei permessi/autorizzazioni, progettazione e costruzione degli impianti stessi, etc.).

Per queste imprese, vista in particolare la L. 23.8.2004, n. 239, in materia di riordino del settore energetico, *«il complesso delle attività concernenti le*

² È da chiedersi però quale potrebbe essere il destino, ai fini della pex, di un'impresa anche concessionaria di opere pubbliche che, nonostante il regolare svolgimento delle attività prodromiche di progettazione, non pervenga mai alla realizzazione delle opere perché l'attività viene bloccata da circostanze sopraggiunte e non inizialmente prevedibili (mancanza di risorse, intervento di amministrazioni pubbliche, provvedimenti dell'A.G....).

operazioni di finanziamento, di ricerca dei siti, di progettazione e realizzazione degli impianti, non ha natura meramente preparatoria ma integra immediatamente la realizzazione, seppur parziale, dell'oggetto sociale dell'impresa».

Le imprese immobiliari di gestione

Le immobiliari di gestione pongono il diverso problema della prevalenza degli immobili patrimoniali (non strumentali né merce), in presenza della quale il requisito della commercialità si ritiene non sussistente.

Per questa tipologia di imprese – prese in esame dalla circolare al par. 4 – opera in pratica un'esclusione *ex lege* dal regime *pex* giacché la loro attività prevalente consiste nella mera locazione di immobili a terzi.

Come precisato infatti nella circolare n. 36/E del 2004, i fabbricati concessi in locazione o in godimento, anche attraverso contratti di affitto d'azienda, non si considerano utilizzati direttamente nell'esercizio dell'impresa.

Se però accanto all'attività di locazione passiva (mera percezione di canoni di locazione/affitto) esiste un'attività consistente nell'esecuzione di una serie di servizi complementari e funzionali alla utilizzazione unitaria del complesso immobiliare (ciò che accade ad esempio per i complessi immobiliari aventi destinazione unitaria quali villaggi turistici, centri sportivi, gallerie commerciali), si configura una gestione attiva nell'ambito della quale gli immobili in questione possono essere considerati quali beni utilizzati direttamente nell'esercizio dell'impresa ai sensi dell'art. 87, primo comma, lett. d), del TUIR.

Deve trattarsi di servizi rilevanti sotto il profilo quantitativo (in grado di rendere l'attività di locazione o affitto non più prevalente in quanto inserita in una più ampia attività di prestazione di servizi).

Detti servizi possono essere relativi alla richiesta e alla gestione delle autorizzazioni amministrative (licenze commerciali per lo svolgimento delle attività nei 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 delle varie attività relative all'organizzazione e pubblicizzazione dei negozi, alla manutenzione e pulizia delle aree comuni, alla gestione di mezzi di trasporto volti a favorire i potenziali clienti 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).

Se i servizi in commento sono esternalizzati a soggetti terzi, deve essere riscontrata in capo al titolare del complesso immobiliare una effettiva attività di coordinamento dei servizi affidati in *outsourcing*. Deve quindi sussistere all'interno della società locatrice una struttura organizzativa e operativa propria, funzionale alla prestazione dei servizi o al coordinamento di quelli esternalizzati.

Nel caso in cui il canone sia fissato tra le parti in maniera unitaria e riguardi sia la locazione dell'immobile sia i servizi integrati resi, per la determinazione della quota del canone contrattuale riferibile all'immobile concesso in locazione è possibile fare riferimento anche alle rilevazioni delle quotazioni dei valori immobiliari e delle locazioni dell'Osservatorio del Mercato Immobiliare (OMI)³.

In definitiva, la **significatività** dei servizi prestati dall'impresa rispetto alla mera attività locativa rende possibile la classificazione degli immobili

³ Si tratta, come precisa la circolare, di una verifica di tipo fattuale che deve pertanto essere effettuata in sede di eventuale controllo e non in via interpretativa.

(facenti parte del compendio immobiliare a cui tali servizi ineriscono) tra i beni direttamente utilizzati nell'esercizio d'impresa.

Svolgimento di attività commerciali e non commerciali

Se il soggetto esercita più attività, solo alcune delle quali siano commerciali ai fini *pex*, occorre individuare specifici criteri per stabilire se l'attività commerciale sia prevalente o meno rispetto a quella non commerciale.

Occorrerà a tal fine avere riguardo, secondo l'Agenzia, sia al valore corrente del patrimonio sia ad altri criteri di prevalenza di una attività rispetto all'altra, quali l'ammontare dei ricavi, dei costi e dei redditi generati da ciascuna attività, il numero dei dipendenti ad esse addetti, etc.⁴.

Le stesse considerazioni si considerano valide anche qualora l'attività svolta dalla società consista nella concessione in affitto dell'unica azienda e nella mera percezione del relativo canone. In caso di affitto di ramo d'azienda, l'eventuale sussistenza della commercialità deve essere verificata secondo il criterio della prevalenza.

È chiaro insomma che l'attività è non commerciale se si concreta in una mera gestione passiva, e diviene commerciale quando le caratteristiche produttive «attive» superano (in termini di ricavi / costi / redditi) quelle passive / statiche.

In questa prospettiva, si osserva incidentalmente che non sempre – soprattutto in un periodo di cessioni prevedibilmente minusvalenti come l'attuale – la *pex* può rappresentare un vantaggio. Al contrario, rendendo essa indeducibili le minusvalenze e operando automaticamente in presenza dei requisiti di legge, può tradursi in un *handicap* per l'impresa che proceda

⁴ Questi criteri sono gli stessi che vengono individuati dalla normativa al fine di determinare la prevalenza dell'attività commerciale ovvero lo svolgimento effettivo di un'attività (cfr. gli artt. 149, 84 e 172, settimo comma, del TUIR).

alla cessione, la quale potrebbe quindi attrezzarsi per evitare il trasferimento delle partecipazioni attraverso operazioni alternative o cercando di far venir meno i requisiti per l'esenzione. A tale riguardo, si ritiene che un concreto rischio di applicazione delle disposizioni antielusive (art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973) sussista solamente se la manovra appare artificiosa e volta all'ottenimento di un vantaggio fiscale⁵.

L'atto gestorio singolo

Il semplice verificarsi di un atto gestorio significativo – nel caso di specie, il frazionamento di un fabbricato e la successiva cessione dei «box» ottenuti – è stato ritenuto suscettibile di far sorgere l'attività di impresa (risoluzione dell'Agenzia delle Entrate 20.6.2002, n. 204/E).

Occorre comunque considerare che, come è stato rammentato nella pronuncia citata, l'esercizio di impresa commerciale non può prescindere dalla professionalità abituale, anche se non esclusiva; in difetto di tale elemento, si tratta infatti di attività commerciale occasionale, produttiva di redditi diversi. L'orientamento interpretativo manifestato, che integra tale «criterio generale», è fatto discendere dalla giurisprudenza della Cassazione, secondo la quale la qualifica di imprenditore può determinarsi anche in seguito a un solo affare, in considerazione della sua rilevanza economica e delle operazioni che il suo svolgimento comporta⁶.

L'impresa fiscale, per così dire, può quindi sorgere anche al di là dell'esplicita e giuridicamente valida manifestazione di volontà dei soggetti agenti.

Un indirizzo simile è quello fatto proprio della Corte di Cassazione allorché è stata ritenuta sussistente una stabile organizzazione (e quindi

⁵ Con onere per gli uffici fiscali di dimostrare il carattere concretamente elusivo dell'operazione.

⁶ Cass. 13.4.1964, n. 870; Cass. 12.5.1965, n. 907; Cass. 20.1.1973, n. 267; Cass. 31.5.1986, n. 3690; Cass. 29.8.1997, n. 8193.

un'impresa in senso fiscale) pur mancando qualsiasi formalizzazione al riguardo⁷.

I costi esteri *black list*

A norma dell'art. 110, decimo comma, del TUIR, non sono ammessi in deduzione le spese e gli altri componenti negativi derivanti da operazioni intercorse con imprese residenti o localizzate in Stati o territori diversi da quelli individuati nella lista di cui al decreto ministeriale emanato ai sensi dell'art. 168-bis. Tale deduzione è però ammessa per le operazioni intercorse con imprese residenti o localizzate in Stati dell'Unione europea o dello Spazio economico europeo inclusi nella lista di cui al citato decreto.

L'inserimento del Paese estero della società partner nelle *white list* consentirebbe la deducibilità dei costi esteri, ma - allo stato - non è stato ancora emanato alcun decreto attuativo, e per tale ragione continua ad applicarsi la previgente normativa, che va coordinata - quanto all'individuazione degli Stati e territori fiscalmente privilegiati e non collaborativi - con i decreti ministeriali 21.11.2001, 23.1.2002 e 27.12.2002.

Ai sensi del co. 11 del predetto art. 110 del Tuir, il vincolo alla deducibilità dei costi non risulta applicabile se le imprese residenti in Italia forniscono la prova che le imprese estere svolgono prevalentemente **un'attività commerciale effettiva**, ovvero che le operazioni poste in essere rispondono ad un effettivo interesse economico e che le stesse hanno avuto concreta esecuzione.

Inoltre, le spese e gli altri componenti negativi in tal modo deducibili devono essere separatamente indicati nella dichiarazione dei redditi.

⁷ Cfr. Cass., Sez. Tributaria, 20.12.2001 nn. 3367, 3368, dep. il 7.3.2002, 7682, dep. il 25.5.2002, 10925, dep. il 25.7.2002: le pronunce richiamate - relative al caso *Philip Morris* - hanno valorizzato le strette relazioni esistenti tra la dirigenza della capogruppo, le società estere del gruppo e il *management* di alcune società italiane.

La prova richiesta può essere fornita, alternativamente:

- in sede di controllo fiscale, dimostrando nel contraddittorio che le imprese estere non sono finalizzate alla sottrazione di risorse all'erario italiano;
- in via preventiva, ottenendo una risposta positiva da parte dell'Agenzia delle Entrate a una specifica istanza di interpello nelle forme di cui all'art. 21 della L. n. 413/1991 (interpello c.d. *antielusivo*).

Le disposizioni di cui ai commi 10 e 11 non si applicano per le operazioni intercorse con soggetti non residenti cui risulti applicabile gli articoli 167 o 168, concernente disposizioni in materia di imprese estere partecipate.

Pertanto, nel caso in cui sussista un rapporto di controllo o collegamento con l'impresa estera, nei termini stabiliti dal TUIR, tale circostanza prevale sulla presenza di «costi esteri», risultando quindi eventualmente applicabile lo speciale interpello in materia di società controllate e collegate estere (CFC), che segue la procedura dell'art. 11 della L. n. 212/2000.

Le norme CFC

Le disposizioni di contrasto ai fenomeni elusivi tramite CFC (società controllate e collegate estere) prevedono l'imputazione al soggetto controllante italiano dei redditi conseguiti dai soggetti controllati (in base a una nozione sostanziale, e non meramente formale, di controllo), ovvero delle società semplicemente collegate, residenti nei Paesi inclusi nella *black list* di cui al D.M. 21.11.2001, pubblicata nella G.U. n. 273 del 23.11.2001 (artt. 167 e 168 del TUIR).

La normativa sulle CFC risulta applicabile anche nel caso in cui il soggetto residente detenga, direttamente o indirettamente, anche tramite società fiduciarie o per interposta persona, una partecipazione non inferiore al 20% agli utili di un'impresa, di una società o di altro ente, residente o localizzato

in Stati o territori con regime fiscale privilegiato; tale percentuale di partecipazione si riduce al 10% se relativa agli utili di società quotate in borsa.

La norma non si applica invece per le partecipazioni in soggetti non residenti in tali Stati o territori relativamente ai redditi derivanti da loro stabili organizzazioni assoggettati a regimi fiscali privilegiati (l'esclusione parziale riguarda la stabile organizzazione, la quale, ove presente, basta da sé ad escludere la presunzione di «strumentalità» in capo al soggetto partecipato, poiché essa - ove riconosciuta - comporta l'esercizio di un'attività effettiva nel «*tax haven*»).

L'art. 13 del D.L. 1.7.2009, n. 78, convertito dalla L. 3.8.2009, n. 102, ha disposto, ai fini di evitare gli arbitraggi fiscali e nell'ottica del coordinamento con gli altri ordinamenti europei (con particolare riferimento ad operazioni infragruppo), le seguenti modificazioni all'art. 167 del TUIR:

- la lettera a) del quinto comma, ove è prevista la dimostrazione dell'effettivo svolgimento di attività commerciale nello Stato estero, è stata integrata puntualizzando che l'attività deve anche svolgersi «*nel mercato dello stato o territorio di insediamento*», mentre per le attività bancarie, finanziarie e assicurative la medesima condizione si intende soddisfatta «*quando la maggior parte delle fonti, degli impieghi o dei ricavi originano nello Stato o territorio di insediamento*»;
- dopo il quinto comma, è stato aggiunto un nuovo comma 5-bis in forza del quale la previsione di cui alla lett. a) del quinto comma (relativa, appunto, alla dimostrazione del requisito dell'attività nello Stato o territorio estero) diviene inapplicabile «*qualora i proventi della società o altro ente non residente provengono per più del 50% dalla gestione, dalla detenzione o dall'investimento in titoli, partecipazioni, crediti o altre attività finanziarie, dalla cessione o dalla concessione in uso di diritti immateriali relativi alla proprietà industriale,*

letteraria o artistica, nonché dalla prestazione di servizi nei confronti di soggetti che direttamente o indirettamente controllano la società o l'ente non residente, ne sono controllati o sono controllati dalla stessa società che controlla la società o l'ente non residente, ivi compresi i servizi finanziari»;

- dopo l'ultimo comma, sono stati aggiunti i nuovi commi 8-bis e 8-ter, per effetto dei quali – salva la facoltà di esercizio dell'interpello speciale a norma del quinto comma - i vincoli in materia di CFC vengono applicati anche se i soggetti controllati sono localizzati in Stati o territori diversi da quelli *black list*, qualora ricorrono congiuntamente le condizioni della soggezione a tassazione effettiva inferiore a più della metà di quella a cui sarebbero stati soggetti se residenti in Italia e del conseguimento di proventi derivanti per oltre il 50% *«dalla gestione, dalla detenzione o dall'investimento in titoli, partecipazioni, crediti o altre attività finanziarie, dalla cessione o dalla concessione in uso di diritti immateriali relativi alla proprietà industriale, letteraria o artistica nonché dalla prestazione di servizi nei confronti di soggetti che direttamente o indirettamente controllano la società o l'ente non residente, ne sono controllati o sono controllati dalla stessa società che controlla la società o l'ente non residente, ivi compresi i servizi finanziari»*.

Le innovazioni normative condizionano in pratica l'applicazione del regime *black list*, rendendo non invocabile la c.d. «prima esimente» (attività nello Stato estero) in presenza prevalente di *«passive income»*, cioè di redditi che non sono prodotti da una vera e propria attività, discendendo piuttosto da situazioni contrattuali intercorrenti tra la casa madre e la CFC (nonché tra questa e altri soggetti «correlati»).

Inoltre, sempre a causa della prevalenza di *passive income* nella partecipata, la normativa CFC diviene applicabile anche con riferimento a partecipazioni in società residenti in Stati o territori non *black list*, mentre la dimostrazione della suddetta prima esimente deve comportare la dimostrazione dell'attività effettiva nel mercato estero.

Le controllate *white list*: la nozione di *puro artificio*

Le modificazioni apportate nel 2009 hanno previsto la rilevanza - in determinate ipotesi - anche delle partecipate (solo controllate, e non anche collegate) residenti in Stati e territori non inclusi nelle «black list» ministeriali ai fini della disciplina di tassazione per trasparenza in capo al soggetto controllante italiano (comma 8-bis dell'art. 167, TUIR), sono state esaminate nella circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 51/E del 6.10.2010.

Le condizioni che devono verificarsi sono, congiuntamente:

- il livello di tassazione, inferiore, nello Stato estero, al 50% di quella italiana;
- la fonte dei proventi conseguiti dal soggetto estero, che deve essere costituita per oltre il 50% dalla gestione dei c.d. *passive income* («gestione, detenzione o investimento in titoli, partecipazioni, crediti o altre attività finanziarie; cessione o concessione in uso di diritti immateriali relativi alla proprietà industriale, letteraria o artistica; prestazione di servizi nei confronti di soggetti che direttamente o indirettamente controllano la società o l'ente non residente, ne sono controllati o sono controllati dalla stessa società che controlla la società o l'ente non residente, ivi compresi i servizi finanziari»).

Relativamente al primo aspetto, la circolare dell'Agenzia delle Entrate 6.10.2010, n. 51/E, ha precisato che il confronto tra la tassazione effettiva estera e quella virtuale interna deve considerare le sole imposte sui redditi,

escludendo l'IRAP e fondandosi per quanto possibile sulle convenzioni internazionali.

In tale contesto, la richiesta di disapplicazione presentata dal soggetto controllante residente, che riveste carattere di obbligatorietà (circolare n. 51/E/2010; circolare 14.6.2010, n. 32/E), deve dimostrare che **la società estera non è una «costruzione di puro artificio»** intesa a conseguire indebiti vantaggi fiscali, secondo i criteri enucleati dalla giurisprudenza comunitaria (sentenza «Cadbury-Schweppes» del 12.9.2006 - causa C-196/04), e codificati dalla Commissione Europea [comunicazione COM(2007) 785 def del 10 dicembre 2007, riguardante «L'applicazione di misure antiabuso nel settore dell'imposizione diretta all'interno dell'UE e nei confronti dei Paesi terzi»].

Questo concetto di costruzione non di puro artificio può essere accostato, si ritiene, a quello recentemente espresso dall'Agenzia delle Entrate (nella succitata circolare n. 7/E de 2013 a proposito della *pex*), di struttura operativa idonea alla produzione e/o alla commercializzazione di beni o servizi potenzialmente produttivi di ricavi.

Alla luce di queste definizioni può osservarsi che, in presenza di tutti gli altri requisiti previsti dalle norme di imposta o speciali, la produzione - e di conseguenza l'interpretazione - della normativa nazionale, ispirata a esigenze di coordinamento con gli indirizzi sovranazionali UE, procede nella direzione di un'attenzione sempre maggiore al carattere effettivo - sostanziale dell'impresa, al di là della qualificazione giuridica.

L'attività economica in assenza di *introiti stabili*

Nella sentenza del 6.10.2009, in esito alla causa C-267/2008, la seconda sezione della Corte di Giustizia Europea (CGCE) si è pronunciata in ordine al

trattamento IVA delle attività pubblicitarie svolte da una sezione del partito socialdemocratico austriaco del *Land* della Carinzia.

Alla luce di quanto è stato sottolineato dai giudici comunitari, le norme IVA comunitarie ricomprendono nella nozione di attività economica tutte le attività di produzione, commercio, prestazione di servizi, oltre alle operazioni di sfruttamento economico orientate alla produzione di entrate stabili.

Secondo i riscontri giurisprudenziali citati dalla Corte, tale disposizione si applica solo alle attività aventi carattere economico .

Affermando che le operazioni poste in essere dall'organizzazione in parola consistono in prestazioni di servizi, la Corte osserva altresì che *«la base imponibile di una prestazione di servizi è costituita da tutto ciò che è ricevuto quale corrispettivo del servizio prestato e che una prestazione di servizi è, pertanto, imponibile solo quando esista un nesso diretto fra il servizio prestato e il controvalore ricevuto»*.

La prestazione viene quindi effettuata «a titolo oneroso ai sensi dell'art. 2, n. 1, della sesta direttiva, e configura pertanto un'operazione imponibile, solamente quando tra il prestatore e l'utente intercorra un rapporto giuridico nell'ambito del quale avvenga uno scambio di reciproche prestazioni, nel quale il compenso ricevuto dal prestatore rappresenta il controvalore effettivo del servizio prestato all'utente .

La pronuncia della Corte di Giustizia pone in evidenza il collegamento esistente tra la nozione di «attività economica» accolta in ambito IVA e l'effettuazione di operazioni dalle quali si originino introiti stabili, ossia non occasionali. Tale nesso si ricollega alla questione della rilevanza generale – nell'ambito del sistema dell'imposta, salve alcune eccezioni – delle operazioni compiute a titolo oneroso.

Le conclusioni espresse dai giudici comunitari, combinandosi con i principi generali, consentono di individuare una nozione di attività economica (più

ampia rispetto a quella di attività d'impresa, in quanto includente anche le attività libero-professionali) che si qualifica come tale in quanto:

- onerosa (cioè prevedente una controprestazione);
- caratterizzata dalla cessione/prestazione di beni/servizi;
- stabile nel tempo (duratura).

13 maggio 2014
Fabio Carriolo