



## PEX

# Quale commercialità

## Le due recenti risoluzioni n. 163/E e n. 165/E

**di Giuseppe Rebecca**

*Studio Rebecca e associati di Vicenza  
Partner Synergia Consulting Group*

### Introduzione

In questo articolo analizzeremo un aspetto ancora non sufficientemente definito del regime PEX (participation exemption), la commercialità.

Come considerare una società che limita la propria attività alla gestione delle risorse finanziarie, con o senza una struttura specifica?

Come considerare una società che non produce o non commercia, e più in particolare una società senza impresa?

Potrà essere riconosciuta o meno la commercialità a tali società?

Anticipiamo subito che la risposta non è semplice; da parte nostra ipotizziamo di negare la commercialità ai fini PEX per tali società, anche se la soluzione non è così pacifica. In questo senso, recentemente, si è pronunciata anche l'Amministrazione finanziaria (risoluzioni n. 163/E e n. 165/E del 25 novembre 2005, in "il fisco" n. 45/2005 fascicolo n. 2, rispettivamente alle pagg. 6957 e 6959).

### La commercialità

Abbiamo già trattato del requisito della commercialità ai fini PEX (1).

(1) Cfr. il nostro articolo *Pex: il requisito della commercialità*, in "il fisco" n. 33/2005, fascicolo n. 1, pag. 5146.

Ricordiamo che il requisito della commercialità è uno dei quattro richiesti dall'art. 87 del Tuir (approvato con D.P.R. 22 dicembre 1985, n. 917) per poter fruire del regime PEX, e cioè:

a) l'ininterrotto possesso dal primo giorno del dodicesimo mese (ora diciottesimo mese) precedente la cessione (utilizzando il metodo Lifo);

b) la classificazione tra le immobilizzazioni finanziarie nel primo bilancio chiuso pendente il possesso;

c) la sede della partecipata in uno Stato a regime fiscale non agevolato;

d) la commercialità della partecipata.

Le conclusioni di tale analisi, limitatamente alla commercialità, sono state le seguenti:

- presunzione assoluta di non commercialità per le società di gestione (non attiva) immobiliari;

- presunzione assoluta di commercialità per le società quotate o oggetto di OPV;

- verifica della prevalenza del patrimonio destinato ad attività commerciali a valore effettivo, avviamento compreso;

- per le partecipazioni in società con attività finanziaria, verifica della commercialità per la società sottostante (e fino a qui è la norma o l'Amministrazione finanziaria a prevederlo);

- carenza di commercialità per società "non operative" e senza partecipazioni in società operative.

Questo ultimo punto era frutto di una nostra interpretazione, ed è ora qui analizzato, anche alla luce delle due recenti risoluzioni.

Per società "operative" si erano intese le società con attività commerciale.

Come si è indicato, la commercialità è esclusa, per presunzione assoluta, per le società di gestione (non attiva) immobiliari; in questo caso la norma è estremamente chiara. L'Amministrazione finanziaria ha anche dettato regole molto precise, nel caso di presenza di più attività, per determinare la prevalenza di un'attività sull'altra: si deve valutare tutto l'attivo in base al valore di mercato, avviamento compreso, come ha indicato la circolare n. 36/E del 4 agosto 2004 (in "il fisco" n. 31/2004, fascicolo n. 2, pag. 4879).

La commercialità è invece sempre esistente, per presunzione assoluta, in presenza di società quotate o oggetto di OPV.

Per le partecipazioni in società cosiddette *holding* (art. 87, comma 5), per quelle che hanno una attività ben specifica, e cioè per quelle società la cui attività consiste in via esclusiva o prevalente nell'assunzione di partecipazioni, è richiesto che il requisito della commercialità sia rispettato dalle società *sub-partecipate*.

### Società holding con attività prevalente o meno

Abbiamo visto cosa precisa la legge. La norma non tratta invece specificatamente di due tipologie di società, e precisamente:

- società *holding* diverse da quelle con attività esclusiva o prevalente l'assunzione di partecipazioni;
- società che gestiscono, come attività prevalente, una certa disponibilità finanziaria, con o senza struttura, o comunque le società senza impresa.

In questo articolo analizzeremo queste due situazioni.

Innanzitutto è da valutare perché, relativamente alle società *holding*, sia stato fatto quello specifico richiamo all'attività esclusiva o prevalente (art. 87, comma 5); si tratta infatti di una distinzione difficile da comprendere. Ove non fosse stata fatta alcuna limitazione al tipo di attività svolta, ecco che le *holding* sarebbero state sempre considerate, tutte, come schermo trasparente, e per tutte si sarebbe fatto riferimento all'attività svolta dalle *sub-partecipate*; oppure, tesi contrapposta, tutte sarebbero state considerate come non commerciali, e pertanto al di fuori del regime PEX.

Quello che stupisce, come detto, è quel rimando alle sole società con attività specifica o prevalente l'assunzione di partecipazioni.

Questo rimando significa due cose, e cioè:

- che le società che hanno come attività esclusiva o prevalente l'assunzione di partecipazioni possono essere ammesse al regime PEX, purché le partecipate esercitino un'attività commerciale;
- che per le società che hanno partecipazioni, senza che queste siano detenute in via esclusiva o

prevalente, non si deve fare riferimento all'attività svolta dalle partecipate, ma a quella loro propria.

Quindi, le società finanziarie (con attività esclusiva o prevalente l'assunzione di partecipazioni) con partecipazioni superiori al 50 per cento dell'attivo sono PEX se le partecipate stesse hanno più del 50 per cento dell'attivo, a valore di mercato, costituito da attività commerciali.

In presenza di *attività finanziaria non prevalente* vale la regola generale, e quindi si deve verificare la propria attività diretta prevalente, che potrà essere commerciale o immobiliare o non commerciale, e non ci si interessa delle attività svolte dalle partecipate.

In tutti e due i casi visti sopra, l'art. 87, comma 5, fa un riferimento ai requisiti di cui alla lettera d), per quanto concerne la commercialità.

Ove il riferimento che il legislatore intendeva fare fosse stato limitato alle sole società immobiliari, che si intendeva escludere anche se possedute tramite *holding* (e in questo senso la norma avrebbe certamente una sua logica), allora, molto più semplicemente, avrebbe potuto essere detto in modo esplicito che le società di gestione immobiliare non possono mai far rientrare nel requisito della commercialità la partecipante. Ma è stato fatto un riferimento generico, e non specifico.

Peraltro, il fatto che la struttura stessa delle società finanziarie non abbia valenza alcuna, ai fini PEX, ma ci si debba necessariamente riferire alle partecipazioni sottostanti, al fine della verifica della commercialità, oppure alla loro attività svolta direttamente, sta a significare che la società finanziaria da sola non rientrerebbe, mai, nella previsione di commercialità. Si arriva, quindi, alla conseguente conclusione che l'attività finanziaria non è mai attività commerciale, anche se questa può essere svolta dalle partecipate.

Per l'esclusione della commercialità per le società senza struttura si sono già pronunciati R.M. Visconti e C. Barbieri nel libro, *La participation exemption*, ed. "Il Sole-24 Ore", 2005, pag. 86; anche noi abbiamo interpretato la questione in questo senso (2).

### Un caso pratico

Può risultare interessante analizzare un caso pratico. Questi i dati:

- società A: ha il 100 per cento in B;
- società B: ha il 100 per cento in C. Attivo di B costituito da partecipazioni per 100 e crediti verso C, da incassare, per 900;
- società C: è una immobiliare pura che vale 100 (1.000 l'immobile e 900 i debiti).

(2) Pex: il requisito della commercialità, cit

Si tratta di valutare se la vendita, da parte della società A, della partecipazione in B possa rientrare o meno nella PEX.

Pare pacifico che la società B non svolga attività finanziaria (il valore della partecipazione è inferiore al 50 per cento dell'attivo).

Con ciò si è bloccato il riferimento alla società C; questo è certo.

Resta però da valutare se la società B possa essere considerata società commerciale, per la propria attività. Il problema è tutto qui.

Alla luce della letteralità della norma, tenuto anche conto delle interpretazioni ministeriali ora avanzate, commentate subito dopo, parrebbe di poter considerare tale società come società senza impresa, e quindi senza i requisiti PEX.

### Le due recenti risoluzioni ministeriali

L'Amministrazione finanziaria è recentissimamente intervenuta, nel merito, e ha dato una interpretazione restrittiva, in linea con quanto più sopra osservato. I casi erano differenti, ma la sostanza abbastanza simile.

Due soggetti diversi hanno richiesto, con interpellato, se l'attività svolta dalla società che li riguardava fosse commerciale o meno.

Ora, al di là dello scrupolo dei richiedenti, è evidente il fatto che già l'esigenza di presentare un interpellato sta di per se stessa a significare che una qualche incertezza esisteva. In generale, poi, quanto all'interpretazione che l'Amministrazione finanziaria può dare a norme forse non del tutto chiare, appare ovvio quale essa sarà; e in effetti l'interpretazione è stata restrittiva.

In buona sostanza, l'Amministrazione finanziaria non ha riconosciuto la commercialità, per le due società interessate, requisito che, come precisato anche dalla circolare n. 36/E del 4 agosto 2004, "ricomprende non solo le attività indicate nell'art. 2195 del codice civile, ma anche le attività di cui al successivo comma 2 del medesimo art. 55 che come è noto reca una elencazione aggiuntiva di fattispecie di reddito d'impresa, più che una definizione di impresa commerciale".

Per una società che ha affittato l'azienda, l'Amministrazione finanziaria così si è espressa: "pur essendo il patrimonio delle due società locatrici costituito da un'azienda commerciale, l'attività d'impresa viene esercitata effettivamente solo dal conduttore"; "la società non sembra svolgere altra attività, che, andando oltre la mera gestione del contratto di affitto dell'azienda, configuri l'esercizio di una impresa commerciale" (risoluzione n. 163/E del 25 novembre 2005).

Abbiamo poi la risoluzione n. 165/E, di pari data, relativa ad una società che ha garantito un concordato, in quanto assuntore.

L'Amministrazione finanziaria ha ritenuto "che l'insieme degli atti posti in essere dall'assuntore con-

cernenti la mera gestione del debito in base alla proposta concordataria, l'individuazione dei creditori ed il pagamento dei rispettivi crediti, non integri l'effettivo esercizio di alcuna delle attività commerciali indicate al comma 1 dell'art. 55, né sia riconducibile ad una delle fattispecie di reddito d'impresa elencate al comma 2 del medesimo articolo".

In definitiva, una gestione finanziaria, accompagnata anche da una certa attività, non è stata ritenuta sufficiente ai fini del riconoscimento della commercialità.

### Conclusione

La norma non parla né di società finanziarie, né di *holding*. Prevede soltanto società che esercitano attività commerciale, società immobiliari, queste ultime escludendole, e società che possiedono partecipazioni, per le quali è necessario fare riferimento all'attività svolta. Ove l'assunzione di partecipazioni costituisca attività prevalente od esclusiva, ne consegue che deve essere fatta la verifica sull'attività della partecipata. Ove invece l'attività "finanziaria" non sia prevalente od esclusiva, si dovrà fare riferimento all'attività propria, indipendentemente dall'attività svolta dalle partecipate.

Possiamo cercare di interpretare le due espressioni: esclusiva o prevalente.

*Esclusiva* significa che l'attività svolta consiste solo nell'aver delle partecipazioni. Dalla lettera dell'art. 87, comma 5, è richiesta, per tali società, anche la necessità del riferimento al patrimonio netto, nel senso che deve essere investito per più del 50 per cento in partecipazioni. È pacifico che la società finanziaria può detenere anche liquidità, come pure potrebbe avere anche immobili o partecipazioni in società immobiliari. *Il fatto che l'attività sia esclusiva esclude tali società da tale analisi?* Letteralmente parrebbe di sì, riterremmo invece che alla fine si dovranno fare i conteggi come per il caso di imprese con attività prevalente. *Non ci pare infatti sufficiente il riconoscimento dell'esclusività, per ottenere il requisito della commercialità.* Esclusiva è quindi un requisito ridondante; bastava "prevalente", poiché è comunque essenziale che le partecipazioni costituiscano più del 50 per cento dell'attivo.

Quanto all'attività *prevalente*, la questione è molto più facile; si tratterà di determinare il patrimonio, e il superamento o meno del 50 per cento darà la risposta adeguata.

Non è invece dato sapere se una società che gestisca liquidità, con o senza struttura, eserciti attività commerciale o meno, sempre ovviamente ai fini PEX.

Tenuto conto degli effetti della PEX, almeno per il momento, si può comprendere come rientrare in una previsione o nell'altra possa comportare differenze di effetti anche significative. Il punto, comunque, non è del tutto chiaro, e il dibattito sarà sicuramente acceso.

Per tornare alla domanda iniziale, e quindi alle società che gestiscono solo liquidità, senza struttura, o con struttura limitata oppure anche con struttura, ed anche alle società senza imprese, è da

valutare se possano essere considerate come svolgenti o meno attività commerciale ai fini PEX. Segnaliamo la nostra incertezza, sul punto. Riterremo di no, comunque.

### PEX E COMMERCIALITÀ

Società commerciale	Esercizio di attività commerciale da almeno 3 anni
Società di gestione immobiliare (passiva)	Esclusione della commercialità per presunzione assoluta
Società quotate o oggetto di OPV	Ammesse per presunzione assoluta
<div style="display: flex; align-items: center;"> <div style="margin-right: 10px;"> <p style="margin: 0;">con attività esclusiva o prevalente di assunzione di partecipazioni</p> <p style="margin: 0;">/</p> <p style="margin: 0;">Società finanziarie</p> <p style="margin: 0;">/</p> <p style="margin: 0;">senza attività esclusiva o prevalente di assunzione di partecipazioni</p> </div> <div> <p style="margin: 0;">Si fa riferimento alla commercialità delle società partecipate costituenti la maggior parte dell'attivo</p> </div> </div>	
	Va verificata la loro specifica commercialità (non delle partecipate)
Società che gestisce liquidità (finanziarie pure)	Incertezza, presumibilmente non commerciale
Società senza impresa	Incertezza, presumibilmente non commerciale