



## PEX

# Il requisito della commercialità

di **Giuseppe Rebecca**

Studio Rebecca & Associati di Vicenza  
Partner Synergia Consulting Group

### Generalità

L'art. 87 del Tuir (approvato con D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917) titolato "Plusvalenze esenti" prevede al comma 1 il rispetto di quattro requisiti per poter fruire dell'esenzione. Si tratta della *participation exemption* per la quale necessitano:

- a) l'ininterrotto possesso dal primo giorno del dodicesimo 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 in uno Stato a regime fiscale non agevolato;
- d) la commercialità.

In questo articolo tratteremo appunto di quest'ultimo aspetto, la commercialità.

La norma prevede che, per poter fruire del regime PEX, ci sia, tra l'altro, l'"esercizio da parte della società partecipata di un'impresa commerciale secondo la definizione di cui all'articolo 55 ...".

Sempre in tale disposizione è esclusa la commercialità, per presunzione assoluta, per le partecipazioni in società immobiliari di gestione.

Per determinare se una società rientri o meno nella categoria delle società immobiliari è da valutare tutto il patrimonio esistente, rapportandolo ai valori degli immobili, con riferimento ai valori di mercato, come si vedrà più dettagliatamente in seguito. La prevalenza deve essere poi periodicamente verificata.

Al momento del realizzo, il requisito deve sussistere ininterrottamente almeno dall'inizio del terzo periodo di imposta anteriore al realizzo della partecipazione (art. 87, comma 2).

Appare di tutta evidenza l'importanza della verifica del requisito della commercialità, ai fini della fruizione o meno del regime PEX, in quanto rientrare o non rientrare comporta l'esclusione o meno dall'imponibile fiscale delle *plus* o delle *minus*.

Questo è appunto l'oggetto della presente analisi.

### L'impresa commerciale

L'art. 87 del Tuir richiede, per poter fruire del regime PEX, che ci sia, tra l'altro, l'esercizio di una impresa commerciale, individuata non in base a quanto richiesto dal codice civile (art. 2195 del codice civile), ma in base alle disposizioni fiscali del Tuir.

Quanto previsto dall'art. 55 ha indiscutibilmente una portata più ampia rispetto a quanto dettato dal codice civile. Oltre a quanto previsto dal codice civile, infatti, sono ricomprese nell'esercizio dell'impresa commerciale anche le seguenti attività:

- a) la prestazione di servizi diversi da quanto indicato nell'art. 2195 del codice civile, se organizzata in forma di impresa;
- b) lo sfruttamento di miniere, cave, torbiere, eccetera;
- c) l'esercizio di attività agricola da parte di S.n.c. o S.a.s. o stabili organizzazioni di persone fisiche non residenti esercenti attività di impresa.

È da segnalare come la legge delega [art. 4, comma 1, lettera c), della L. 7 aprile 2003, n. 80] prevedesse invece l'esercizio di una "effettiva" attività commerciale.

Nella fattispecie delegata tale "effettiva" non c'è più, ma ciò non pare possa farne derivare alcun effetto pratico. È stato sostenuto (1) che il richiamo fatto all'art. 55 appare comunque "superfluo",

(1) G. Ferranti, *Il requisito della commercialità per la participation exemption*, in "Corr. Trib." n. 36/2004, pag. 2811.

“in quanto nell'ultimo comma dello stesso articolo è già stabilito che le disposizioni in materia di imposte sui redditi che fanno riferimento alle attività commerciali si applicano, se non risulta diversamente, a tutte le attività indicate nel medesimo articolo”.

L'art. 87, al comma 4, prevede l'esclusione dalla verifica della commercialità in caso di OPV o di

il fisco

società con titoli negoziati in mercati regolamentati, prescindendo quindi dall'esercizio o meno di un'attività commerciale.

Anche questa presunzione assoluta di commercialità per le società quotate rende ancora più evidente la disparità di trattamento con le altre società, disparità che potrebbe fors'anche tramutarsi in incostituzionalità.

### PEX E COMMERCIALITÀ

Commercialità	Requisito essenziale, da verificare	Presunzione assoluta di non commercialità per le società immobiliari	Presunzione assoluta di commercialità per società quotate o oggetto di OPV
Verifica	In base alla prevalenza del patrimonio, a valori effettivi		

#### Le società immobiliari

Queste società, come detto, sono escluse dall'applicazione della normativa PEX.

Per presunzione assoluta sono infatti dichiarate prive della commercialità.

L'Amministrazione finanziaria da tempo prende di mira questa tipologia di società, quasi che con esse si potessero realizzare chissà quali comportamenti elusivi.

Si pensi a tutti gli interpellati, soprattutto in materia di scissione, ai quali l'Amministrazione finanziaria, in presenza di una società immobiliare, ha sempre dato interpretazioni molto caute, intravedendo sempre intenti elusivi allorché fosse attuata, successivamente all'operazione, una cessione di partecipazioni in luogo di cessione di immobili.

Probabilmente tale esclusione dalla PEX è incostituzionale, non ravvisandosi motivi sufficienti per escludere questo tipo di soggetti rispetto agli altri. È ben vero che c'è l'alternativa della cessione del bene, piuttosto che della società, ma ciò vale per ogni tipologia di bene e per ogni società. Ai fini delle imposte dirette, cessioni di immobili o azienda sono trattate sostanzialmente (al di là della diluizione della plusvalenza) allo stesso modo. Non si comprende allora perché si sia posta particolare attenzione alle società immobiliari, quasi che questa tipologia di società nascondesse chissà quali opportunità elusive di per se stessa.

Sotto l'aspetto tributario, c'è la tendenza ad identificare le società immobiliari al bene di proprietà, equiparandole, ma è di tutta evidenza come si tratti di cosa diversa. È ben vero che nel caso di società immobiliari si può facilmente cedere la società in luogo del bene, ma ciò non

il fisco

pare motivo sufficiente per creare disparità di trattamento.

Stesso atteggiamento negativo, e stesso risultato, il legislatore ha avuto ai fini del *capital gain* ove, fino a fine 2003, le quote delle società di persone esercenti attività immobiliari e finanziarie erano tassate in modo difforme, rispetto alle altre società.

L'art. 82, comma 5, del Tuir, *ante* riforma, prevedeva, infatti, l'esplicita esclusione *tout court* delle società immobiliari e finanziarie dal meccanismo di calcolo in base al quale al costo della quota di società di persone si aggiungevano gli utili (o le perdite) spettanti al socio nel periodo, e si detraevano gli utili distribuiti.

Con la riforma del 2004 tale disparità di trattamento, che riguarda solo il *capital gain*, è stata però eliminata.

Tornando al riferimento fatto alle società immobiliari, sono incluse nell'applicazione della PEX quelle società il cui valore del patrimonio è prevalentemente costituito dai beni immobili alla cui produzione e al cui scambio è effettivamente diretta l'attività dell'impresa; previsione specificatamente inserita, come eccezione alla norma [art. 87, comma 1, lettera d)] su richiesta della Commissione Finanze della Camera.

I beni concessi in *leasing* e i terreni ove è svolta, direttamente, l'attività agricola, si considerano utilizzati direttamente nell'esercizio dell'impresa.

La circolare n. 36/E del 4 agosto 2004 (in “*il fisco*” n. 31/2004, fascicolo n. 2, pag. 4879), ha precisato che nel caso di affitto di azienda i fabbricati non si considerano, essendo utilizzati direttamente nell'esercizio dell'impresa.

Ai fini che ci interessano la norma fa riferimento a fabbricati utilizzati “direttamente” nell'impresa; il Tuir, all'art. 43, comma 2, ai fini della identifica-

zione degli immobili strumentali, prevede invece immobili utilizzati "esclusivamente" per l'impresa.

Non è richiesto quell'"esclusivo" dall'art. 87 del Tuir; possono quindi rientrare nelle previsioni anche fabbricati utilizzati in modo promiscuo, per l'impresa e per il privato. In questo caso, come ha previsto la circolare n. 10/E del 16 marzo 2005 (in "il fisco" n. 13/2005, fascicolo n. 2, pag. 1997), gli immobili incidono al 50 per cento.

Sono esclusi gli immobili dati in locazione o in uso; non così per gli immobili dati in comodato, se l'utilizzo degli stessi è funzionale all'attività produttiva.

La citata circolare n. 36/E non ha trattato la fattispecie della società che gestisce gli immobili in modo attivo, fornendo servizi collegati.

Sul punto è successivamente intervenuto il Sottosegretario Daniele Molgora con la risposta all'interrogazione dell'On.le Maurizio Leo n. 5-03920 dell'8-9 febbraio 2005 (in "il fisco" n. 8/2005, fascicolo n. 2, pag. 1228). È stato chiarito che in presenza di gestione attiva di centri commerciali non si è in presenza di attività immobiliare, con possibilità, quindi, di poter rientrare nelle previsioni dettate dalla PEX.

Quanto al valore da porre a confronto, la circolare n. 36/E ha chiarito che entrambi i termini del rapporto, immobili ed altro, vanno considerati "al netto di eventuali elementi che possano incidere, sia negativamente, sia positivamente, nella relativa valutazione, come, ad esempio, l'iscrizione di ipoteca sull'immobile ovvero l'inclusione di un terreno agricolo nel piano di fabbricazione".

Quanto all'ipoteca, che potrebbe rispondere ad esigenze aziendali o anche no, non è specificato come possa in effetti influire.

### Le holding

La norma (art. 87, comma 5, del Tuir) richiede, tra l'altro, che, nel caso di *holding*, il requisito dell'esercizio di impresa commerciale sia valutato con riferimento alle società partecipate che costituiscono "la maggior parte del valore del patrimonio sociale della partecipante".

Il riferimento, quindi, è sempre alle società sottostanti, e ciò anche nel caso di *sub-holding* (il principio è stato ben definito *look through*).

Il riferimento al valore corrente è stato precisato già nella relazione di accompagnamento del D.Lgs. 12 dicembre 2003, n. 344; la circolare n. 36/E lo ha riconfermato, precisando che la quantificazione del patrimonio deve essere effettuata "a valori correnti e non a valori contabili".

Si dovrà tenere conto, come ha precisato la stessa circolare, degli avviamenti positivi o negativi, anche se non iscritti.

È di tutta evidenza che si è trattato di fattispecie diversa, rispetto a quanto previsto dal Ministero del tesoro (vd. provvedimento 6 luglio 1994) per l'i-

scrizione della società nell'apposito registro delle società con attività finanziaria. Per questa fattispecie, infatti, i valori di riferimento sono solo quelli contabili.

Facendosi riferimento ad avviamenti di norma non iscritti, la società dovrà pertanto dotarsi di una specifica perizia, per poterli valutare.

### Le sub-holding

Esaminiamo le problematiche per le *sub-holding*. Il problema si pone in quanto non è stabilito a che livello della catena si debbano effettuare i riscontri visti sopra.

Si è rilevato che, di fatto, le *sub-holding* sono trasparenti, e quindi si avrà sempre un soggetto all'inizio e uno alla fine (2).

La circolare n. 36/E è intervenuta anche su questo punto, confermando che si devono eliminare gli schermi, verificando la commercialità della *holding* di più alto livello esaminando le varie società partecipate.

In caso di pluralità di partecipazioni, una partecipazione in una *sub-holding* e l'altra in una società operativa, si è chiarito che si devono sommare le partecipazioni operative, possedute sia direttamente che indirettamente (in questo caso in base alla percentuale di possesso). Il risultato sarà poi da contrapporre al patrimonio effettivo della partecipante, per la necessaria verifica della prevalenza.

Anche per le *holding* miste vale sempre il principio della valutazione a valori di mercato. Il requisito dovrà essere rispettato di continuo, per tutti e tre i periodi di imposta. La circolare non si è invero specificatamente espressa su questo punto, ma il riferimento fatto alla commercialità nel caso di fusione (paragrafo 2.3.6.4.1.), commercialità che deve sussistere ininterrottamente, porta a concludere che debba essere così anche per altre ipotesi.

Pur nel silenzio della norma, si deve intendere che, ove la partecipazione fosse in società quotate, per effetto dell'art. 87, comma 4, debba essere riconosciuto automaticamente il requisito della commercialità, senza alcuna analisi.

### Operazioni straordinarie

Nel caso di conferimento di azienda, di norma neutrale ex art. 176, comma 1, del Tuir, il requisito della commercialità per l'intero triennio va individuato in capo alla società conferente.

Nel caso di fusione o scissione, il requisito della commercialità è ereditato, come ha precisato la circolare n. 36/E.

(2) G. Ferranti, *Holding, verifica difficile*, in "Il Sole-24 Ore" del 7 maggio 2004, pag. 24.

## La commercialità nell'Iva e per le società di comodo

Si è molto discusso, in materia fiscale, sulle società senza impresa. Ciò sia ai fini Iva, per via della detrazione, sia ai fini delle imposte dirette, per le società cosiddette di comodo.

Ai fini Iva, la questione pare comunque risolta, nel senso che l'Amministrazione finanziaria recependo i principi della Corte di Giustizia europea, con circolare 8 maggio 1997, n. 128/E (in "il fisco" n. 20/1997, pag. 5591), ha precisato che deve essere considerato soggetto passivo di imposta chiunque eserciti un'attività economica. La locazione posta in essere con abitualità è sufficiente ai fini dell'attribuzione della qualifica di soggetto passivo di imposta.

Quanto alla normativa sulle società di comodo si ritiene che nessun collegamento possa essere trovato con il regime PEX.

## La non "commercialità"

Potrebbe risultare conveniente, in certi casi, riuscire ad avere il riconoscimento fiscale di eventuali minusvalenze; si deve trattare di società che non possono rientrare nella PEX.

Quindi, senza alcun dubbio, le immobiliari di gestione fuori PEX per presunzione assoluta, per legge. È da valutare quali altre società possano rientrare in questa previsione.

Innanzitutto, le società che partecipano, in modo prevalente, in società immobiliari di gestione. Anche questo è indubbio.

il fisco

Cosa dire, invece, per le società finanziarie senza organizzazione? Per intenderci, le società che hanno una certa liquidità, anche se investita in titoli diversi, e non gestiscono in modo imprenditoriale tali risorse? Sono operative o meno tali società? Hanno il requisito della commercialità o no?

Tutto lascia intendere che si sia in presenza di società non commerciali, in quanto, ad esempio, per le società finanziarie si richiede di esaminare l'ultima società della catena (*look through*). Se per poter fruire della PEX, relativamente alle società finanziarie, si deve effettuare un controllo così minuzioso, andando a verificare l'attività svolta dall'ultima società della catena, lo stesso dovrà farsi per il caso contrario.

Si tenga anche conto che il regime PEX non è facoltativo, ma obbligatorio (circolare n. 36/E).

R. M. Visconti e C. Barbieri danno per scontato che una società *holding* non eserciti attività commerciale (*La participation exemption*, ed. "Il Sole-24 Ore", 2005, pag. 86). Anche noi conveniamo, sia per le caratteristiche stesse dell'attività, sia soprattutto per effetto di quanto dettato per le *holding*.

La verifica, in caso di *sub-holding*, va fatta sull'ultima società (circolare n. 36/E, paragrafo 2.3.5.)

Il fatto che per le *holding* si debba fare riferimento alla partecipazione sottostante significa che le *holding*, di per se stesse, non effettuano mai attività commerciale. Ed allora anche la società che ha solo disponibilità finanziarie non svolge attività commerciale, ai fini che qui ci interessano.



LA COMMERCIALITÀ

Norma	Requisiti richiesti	Note
<i>Impresa</i> Art. 87, comma 1, lettera d)	- esercizio di un'impresa commerciale <i>ex art.</i> 55 del Tuir	Requisito non richiesto per società quotate o in caso di offerta pubblica di vendita
<i>Tempi</i> Art. 87, comma 2	- sussistenza ininterrotta, al momento del realizzo, almeno dall'inizio del terzo periodo di imposta anteriore	
<i>Immobiliari</i> Art. 87, comma 1, lettera d)	- escluse sempre le immobiliari di gestione	
<i>Verifica</i> Relazione al D.Lgs. n. 344/2003 Circolare n. 36/E, del 2004 paragrafo 2.3.4.	- verifica della prevalenza, in base a valori correnti, considerando anche avviamenti, positivi e negativi, ancorché non iscritti. Il raffronto è sull'attivo patrimoniale, non sul netto	
<i>Costruzione</i> Art. 87, comma 1, lettera d)	- presupposto rispettato per società immobiliari di costruzione e di vendita e di <i>trading</i> puro	
<i>Utilizzo</i> Art. 87, comma 1, lettera d)	- presupposto rispettato per immobili utilizzati in proprio	Esclusione per immobili locati o dati in affitto di azienda
<i>Leasing</i> Art. 87, comma 1, lettera d)	- requisito rispettato per <i>leasing</i> finanziario; esclusione per <i>leasing</i> operativo	
<i>Gestione attiva immobili</i> Risposta D. Molgora Interrogazione 5-03920 Maurizio Leo	- la gestione attiva degli immobili è considerata attività commerciale	
<i>Immobili promiscui</i> Circolare n. 10/E del 16 marzo 2005	Incidono per il 50%	
<i> Holding</i> Art. 87, comma 5	Verifica in capo alle partecipate	
<i>Sub-holding</i>	Verifica in capo alle ultime partecipate	

## Il triennio di esercizio di attività

La circolare n. 36/E dà una spiegazione della richiesta del requisito del triennio, presupposto volto ad "impedire che attraverso il cambiamento, in prossimità della cessione della partecipazione, della residenza in un Paese a fiscalità non privilegiata [lettera c)] ovvero del tipo di attività svolta dalla società partecipata (da non commerciale a commerciale) [lettera d)], si possano artificiosamente far valere i presupposti della *participation exemption*".

Come si vede, la norma è stata dettata per escludere comportamenti elusivi. Se ciò vale in un senso, appare del tutto ovvio che valga anche *a contrariis*. Se una società non svolge attività commerciale, potrà essere considerata commerciale solo dopo il triennio dall'inizio di tale attività, al di là di ogni considerazione, non prima.

La stessa circolare prevede che:

- il requisito temporale è sempre riferito alla società partecipata;
- ove la società abbia meno di tre anni, si considera questo più breve periodo;
- sono ininfluenti le modalità di acquisizione della partecipazione.

Sul punto è poi intervenuta anche la circolare n. 10/E del 16 marzo 2005, affermando che il requisito deve essere rispettato anche nella durata. Più specificatamente "la verifica del requisito della commercialità (necessario affinché la partecipazione possa fruire dell'esenzione) implica che, nel corso del triennio precedente al realizzo, il patrimonio della società partecipata non sia mai costituito in misura prevalente da beni immobili (ivi esclusi, come chiarito, al punto 2.3.4., dalla circolare n. 36/E del 2004, gli immobili alla cui produzione o al cui scambio è effettivamente diretta l'attività dell'impresa, nonché gli impianti e i fabbricati utilizzati direttamente nell'esercizio dell'impresa). Parimenti, affinché la partecipazione in una *hold-ing* possa fruire della *participation exemption*, dovrà essere verificato che la *holding* stessa nel corso del triennio antecedente abbia detenuto partecipazioni in società che presentano i requisiti di cui alle lettere c) e d) del comma 1 dell'art. 87".

Ulteriore conferma, quindi, che gli effetti di qualsiasi cambiamento di attività si hanno solo dopo il previo decorso di almeno un biennio.

## La norma antielusiva

Il D.Lgs. n. 344/2003 [art. 2, comma 1, lettera e)] ha modificato l'art. 37-*bis* del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 prevedendo, fra le possibili manovre elusive, anche le classificazioni di bilancio aventi per oggetto le partecipazioni. Il principio è stato confermato anche dallo schema di

decreto correttivo dell'Ires [art. 3, comma 8, lettera a), dello schema pubblicato in "il fisco" n. 13/2005, fascicolo n. 2, pag. 1988], con le modifiche all'art. 109 del Tuir.

È pacifico che, tenuto conto della diversa tassazione delle plusvalenze, delle svalutazioni e delle minusvalenze su partecipazioni, l'iscrizione in una categoria piuttosto che in un'altra può comportare significative differenze.

L'alternativa è l'iscrizione tra le immobilizzazioni oppure nel circolante, questione non sempre facilmente risolvibile, essendo collegata prevalentemente a questioni soggettive.

Si può ipotizzare che in presenza o in assenza degli altri requisiti, l'Amministrazione finanziaria cerchi di mettere in discussione le scelte operate dalle società. Appare comunque ovvio che, in assenza del rispetto dei requisiti di legge, nessun problema si pone.

In generale, vi è da dire che pare comunque avere una valenza significativa anche il comportamento seguito dalla società; se si iscrive la partecipazione tra le immobilizzazioni e poi la si vende, a breve, tale iscrizione potrebbe essere messa in discussione. Ove invece ciò consegua ad un conferimento di azienda neutrale *ex art.* 176 del Tuir, invece, l'elusione è esclusa dalla stessa norma (art. 176, comma 3).

Si tratta dell'unica esclusione data da una norma, per principio, proprio in un campo ove invece le valide ragioni economiche dovrebbero sempre essere ricercate. Questa è, oggi, l'unica operazione esclusa, per legge, dalla elusione. È certamente cosa strana, ma è così.

Il che non avverrebbe se fosse stata iscritta fra le attività finanziarie nel circolante, anche, eventualmente, in presenza degli altri elementi per poter essere iscritta tra le immobilizzazioni.

Si è visto che per le immobiliari di gestione la commercialità è negata dalla stessa legge.

Per le società che non svolgono effettivamente alcuna attività, ma si limitano a gestire risorse finanziarie, senza praticamente avere una struttura, il requisito della commercialità viene meno. Il fatto stesso che è richiesta la verifica in capo alle partecipate, denota che l'attività finanziaria, da sola, è del tutto carente del requisito, per sua specificità.

E ciò può portare, come detto, anche a situazioni convenienti.

## Conclusioni

Il regime *PEX* è strettamente collegato, tra gli altri requisiti, alla richiesta della commercialità. La stessa Amministrazione finanziaria è intervenuta più volte a confermare questa necessità.

Ne consegue, *a contrariis*, che le stesse norme valgono anche per l'esclusione della commercialità, e quindi per l'esclusione del regime *PEX*.

Tenuto conto che l'esclusione può comportare anche dei vantaggi, legati esclusivamente al riconoscimento fiscale dell'eventuale svalutazione, appare rilevante definire con correttezza la natura dell'attività svolta.

Quindi, a fianco dei vari requisiti, dovrà essere fatto riferimento sia all'attività effettivamente svolta, sia all'iscrizione in bilancio.

Il fisco

Il punto necessita sicuramente di ulteriori approfondimenti da parte della dottrina, anche alla luce della prassi che si registrerà.

