

Circolare n. 14 del 30 novembre 2009

Il requisito della commercialità nella Participation Exemption

Premessa

La presente circolare intende fornire chiarimenti in merito alla sussistenza del requisito della commercialità per poter beneficiare della normativa Pex in talune fattispecie, a valle di alcune risoluzioni dell'Agenzia delle Entrate e della risposta all'interrogazione parlamentare n. 5-01695 del 29 luglio 2009.

Indice

1. Regime della "Pex"
2. La commercialità nella Pex secondo la norma
3. La commercialità nella Pex secondo l'Agenzia delle Entrate
 - 3.1 Risoluzione n. 152/E del 15 dicembre 2004 - Immobiliare di gestione
 - 3.2 Risoluzione n. 163/E del 25 novembre 2005 - Affitto dell'unica azienda
 - 3.3 Risoluzione n. 165/E del 25 novembre 2005 - Gestione posizioni di debito/credito
 - 3.4 Risoluzione n. 323/E del 9 novembre 2007 - Albergo in costruzione
 - 3.5 Risoluzione n. 226/E del 18 agosto 2009 - Passive Income
4. La risposta all'interrogazione parlamentare - Start Up

1. Regime della "Pex"

L'articolo 87 del TUIR¹, al sussistere di determinati requisiti, dispone l'esenzione nella misura del 95%, delle plusvalenze derivanti dalla cessione di azioni o quote di partecipazioni in società di persone, escluse le società semplici e gli enti alle stesse equiparati ed in società di capitali ed enti equiparati, comprese quelle non rappresentate da titoli, a prescindere dalla percentuale di capitale posseduta.

I **soggetti beneficiari** di tale regime sono i "soggetti IRES" residenti nel territorio dello stato, vale a dire:

- le società per azioni e in accomandita per azioni;
- le società a responsabilità limitata;
- le società cooperative e le società di mutua assicurazione;
- gli enti pubblici e privati diversi dalle società che hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali;
- gli enti pubblici e privati diversi dalle società.

¹Decreto Legge 917 del 1986.

Il diritto di fruire del regime di esenzione è sottoposto al contemporaneo rispetto dei seguenti requisiti, soggettivi ed oggettivi:

- | | | | |
|---------------------------------|---|----|--|
| Requisiti
oggettivi | { | a) | possesso ininterrotto della partecipazione per almeno 12 mesi ² ; |
| | | b) | iscrizione della partecipazione nel bilancio della partecipante tra le immobilizzazioni finanziarie nel primo bilancio chiuso nel periodo di detenzione; |
| Requisiti
soggettivi | { | c) | ininterrotta residenza della partecipata in Paesi non a fiscalità privilegiata; |
| | | d) | esercizio da parte della partecipata di un'attività commerciale. |

I requisiti soggettivi devono essere posseduti al momento del realizzo della plusvalenza ed ininterrottamente almeno dall'inizio del terzo periodo d'imposta precedente al realizzo stesso, ovvero, se costituita da meno di un triennio, dalla data di sua costituzione.

a) ininterrotto possesso dal primo giorno del dodicesimo mese antecedente l'avvenuta cessione

La norma richiede l'ininterrotto possesso della partecipazione dal primo giorno del dodicesimo mese precedente quello dell'avvenuta cessione, considerando cedute per prime le partecipazioni acquisite in data più recente.

Una partecipazione potrebbe dunque essere posseduta per più di un anno e non fruire dell'esenzione, mentre in altro caso di possesso per un minor periodo di tempo potrebbe fruire dell'esenzione.

Ad esempio:

§ partecipazione acquisita il 2 gennaio 2008 e ceduta il 31 gennaio 2009
× detenzione 395 giorni
× non spetta l'esenzione

§ partecipazione acquisita 27 dicembre 2007 e ceduta il 2 gennaio 2009
× detenzione 372 giorni
× spetta l'esenzione.

b) classificazione tra le immobilizzazioni finanziarie nel primo bilancio chiuso durante il periodo di possesso

Relativamente al requisito dell'iscrizione in bilancio, ancorché la norma non lo chiarisca, è fondato ritenere che occorra fare riferimento al bilancio approvato dall'assemblea (e non a quello redatto dall'organo amministrativo).

² Originariamente (D. Lgs n. 344/2003) era previsto un periodo di ininterrotto possesso a partire dal dodicesimo mese precedente la cessione. L'art. 5 comma 1, lett. B) D.L. 203/2005, era intervenuto allungando tale periodo minimo da dodici a diciotto mesi. La Finanziaria 2008, art. 1, comma 58 lett. c) ha ripristinato il requisito del periodo minimo di possesso in dodici mesi a partire dal 1° gennaio 2008.

La circostanza che le partecipazioni debbano essere classificate tra le immobilizzazioni finanziarie “nel” (e non “fin dal”) primo bilancio successivo all’acquisto induce a ritenere che siano possibili successive riclassificazioni delle partecipazioni nell’attivo circolante, senza che ciò provochi conseguenze ai fini della participation exemption.

Al riguardo si richiama, peraltro, l’attenzione in ordine alle modifiche apportate alla normativa antielusione (art. 37-bis D.P.R. n° 600/73) che - non a caso - include ora anche “le classificazioni di bilancio” delle partecipazioni.

c) residenza della partecipata in Paesi diversi da quelli inseriti in black list

Qualora la società partecipata risieda in un "Paradiso fiscale" il regime della participation exemption non si applica, a meno che il contribuente non dimostri, tramite "interpello", secondo le modalità del comma 5, lett. b), art. 167 del TUIR, che attraverso tale partecipazione non è stato conseguito l’effetto di delocalizzare il reddito in un Paese con regime fiscale privilegiato fin dall’inizio del periodo di possesso della partecipazione medesima.

2. La Commercialità nella Pex secondo la norma

Oltre ai tre requisiti sopra tratteggiati, per beneficiare del regime Pex la società partecipata deve esercitare un’effettiva impresa commerciale al momento del realizzo della plusvalenza.

Per la definizione di impresa commerciale, l’art. 87 del TUIR rinvia all’art. 55 del TUIR che contiene un significato ampio di “**Impresa Commerciale**”, intendendo non solo quelle attività indicate nell’art. 2195 del codice civile quali, l’esercizio per professione abituale, ancorché non esclusiva, di:

- 1) un’attività industriale diretta alla produzione di beni o di servizi;
- 2) un’attività intermediaria nella circolazione dei beni;
- 3) un’attività di trasporto per terra, per acqua o per aria;
- 4) un’attività bancaria o assicurativa;
- 5) altre attività ausiliarie delle precedenti;

ma anche:

- 6) quelle prestazioni non previste dallo stesso articolo 2195 ma organizzate sotto forma di impresa;
- 7) lo sfruttamento di miniera, cave, torbiere, saline, laghi, stagni ed altre acque interne;
- 8) l’esercizio di attività agricole ove spettino alle società in nome collettivo ed in accomandita semplice nonché alle stabili organizzazioni in Italia di persone fisiche non residenti esercenti attività di impresa.

Il citato art. 87, comma 1, introduce tuttavia delle restrizioni, prevedendo una **presunzione assoluta di non commercialità** - che non ammette, quindi, la prova contraria - in capo a quelle partecipate il cui **patrimonio è prevalentemente investito in immobili** diversi:

- dagli **immobili merce**, cioè alla cui produzione o al cui scambio è diretta l’attività dell’impresa;
- e dagli **impianti e fabbricati utilizzati direttamente nell’attività dell’impresa (immobili strumentali)**.

L'obiettivo del legislatore è stato quello di escludere il requisito della commercialità per quelle società, la cui attività si limita alla semplice gestione, mediante atti di disposizione a favore di terzi, di immobili di cui sono proprietarie o di cui hanno la disponibilità.

Di converso, il comma 4, dello stesso articolo, introduce una **presunzione assoluta di commercialità** per talune tipologie di società. Infatti:

- sussiste in ogni caso il requisito della commercialità se oggetto del realizzo è una partecipazione in una società quotata;
- è del tutto irrilevante il requisito della commercialità se la plusvalenza viene realizzata mediante offerte pubbliche di vendita, nell'ambito di società quotate.

3. La commercialità nella Pex secondo l'Agenzia delle Entrate

L'Agenzia delle Entrate si è occupata attraverso diverse risoluzioni, tra cui quelle di seguito indicate, della commercialità, fornendo chiarimenti in merito alla sussistenza di tale requisito in capo a quelle partecipate la cui attività consiste esclusivamente:

- nella concessione in locazione di immobili (immobiliari di gestione), Risoluzione n. 152/E del 15 dicembre 2004;
- nella messa a disposizione del proprio complesso aziendale ad un conduttore (affitto dell'unica azienda), Risoluzione n. 163/E del 25 novembre 2005;
- nell'attività di assuntore nell'ambito di una procedura concorsuale di concordato preventivo, Risoluzione n. 165/E del 25 novembre 2005;
- nella gestione di un marchio con percezione di Royalties – Passive Income -, Risoluzione n. 226/E del 18 agosto 2009;
- nella ristrutturazione dei propri immobili nell'ottica di un futuro svolgimento, mediante gli stessi, di un'attività commerciale da avviare dopo l'ultimazione dei lavori, Risoluzione n. 323/E del 9 novembre 2007.

3.1 Risoluzione n. 152/E del 15 dicembre 2004 - Immobiliare di gestione

Nella risoluzione in oggetto l'Agenzia ha affermato che, per verificare se una società immobiliare posseda il requisito della commercialità, bisogna fare riferimento all'attività effettivamente svolta (a prescindere dall'oggetto sociale) ed all'obiettivo finale delle stesse.

Lo stesso art. 87 del TUIR facendo riferimento agli immobili *“alla cui produzione o al cui scambio è effettivamente diretta l'attività d'impresa”* dà importanza all'attività effettivamente svolta, dando spazio quindi al criterio sostanziale in luogo del criterio formale per la verifica del requisito della commercialità, aggiungendo anche il rilievo finalistico dell'attività.

L'uso dell'avverbio **“effettivamente”** determina quindi l'esigenza di analizzare, di volta in volta, l'attività concretamente esercitata dalla partecipata e la reale destinazione economica degli immobili ad un'attività di costruzione o scambio, prescindendo, sia dalle risultanze contabili che dalla configurazione dell'oggetto sociale.

Nella fattispecie oggetto della risoluzione la società istante chiedeva, se la plusvalenza realizzata dalla cessione della partecipazione nella società Zeta potesse essere configurata quale plusvalenza esente, secondo la normativa Pex, sulla base dei seguenti presupposti:

1. Zeta è una società operante nel settore immobiliare, che ha per oggetto la compravendita di immobili in genere, nonché la costruzione, ristrutturazione, gestione e locazione degli stessi;
2. Zeta ha acquisito nel proprio patrimonio un'area edificabile destinata ad uffici commerciali che riclassifica tra le rimanenze di immobili alla voce dello Stato Patrimoniale;
3. nell'esercizio successivo la società avvia i lavori di costruzione incrementando a fine anno il valore delle rimanenze come da stati avanzamento lavori;
4. l'immobile, terminati i lavori, viene iscritto nello Stato Patrimoniale nella voce Prodotti finiti e nell'attesa della vendita viene locato, conseguendo unicamente reddito da locazione.

Sulla base della fattispecie descritta l'Agenzia ha correttamente ritenuto che l'attività effettivamente svolta dalla società Zeta fosse configurabile quale attività di mera gestione e locazione dell'unico immobile, a nulla rilevando né la preliminare iscrizione del bene tra le rimanenze, né i successivi tentativi di vendere il complesso immobiliare, né l'attività di costruzione.

Ciò in quanto, sia le attività di costruzione, sia le riclassificazioni di bilancio, non fanno modificare l'essenza vera dell'operazione che la società aveva posto in essere: la costruzione in economia di un immobile al fine della successiva locazione.

3.2 Risoluzione n. 163/E del 25 novembre 2005 - Affitto dell'unica azienda

L'Agenzia delle Entrate nella presente risoluzione ha affrontato il caso di una società partecipata, che svolge esclusivamente l'attività di concessione in fitto dell'unica azienda con la conseguente percezione di un canone di fitto.

Nel caso prospettato la società istante (operante nella produzione e distribuzione del gas e dell'energia elettrica), aveva effettuato una separazione societaria delle attività in due rami, il Ramo Distributivo ed il Ramo Vendita, entrambi poi concessi in affitto, mediante contratto di fitto d'azienda ad un terzo, e conferito il Ramo Vendita ad una New-co in regime di neutralità fiscale, ex art. 176 del TUIR.

In seguito al conferimento, la New-co svolgeva quale unica attività l'affitto del Ramo Vendita al terzo.

L'Agenzia ha ritenuto che, nel caso prospettato la New-co, limitandosi unicamente alla percezione di un canone di fitto non svolgesse attività d'impresa commerciale rilevante ai fini Pex, ma attività di mero godimento.

L'unico soggetto infatti che svolge effettivamente un'attività d'impresa richiesta dall'art. 87 del TUIR è il soggetto conduttore del Ramo Vendita.

Si osserva che con la presente risoluzione l'Agenzia allarga l'esimente Pex del puro godimento dalla fattispecie normativa riferita agli immobili a qualunque altra tipologia di attività, che preveda la mera gestione di beni (di qualunque natura), e/o la percezione di diritti per lo sfruttamento da parte di altri degli stessi.

3.3 Risoluzione n. 165/E del 25 novembre 2005 - Gestione posizioni di debito/credito

Nella risoluzione in oggetto, l’Agenzia risponde sulla sussistenza del requisito della commercialità in relazione al caso particolare di svolgimento esclusivo dell’attività di assuntore di un concordato fallimentare, dove non si è avuta la disponibilità della struttura aziendale, in quanto la stessa è stata data in fitto a terzi (trattasi nella fattispecie di un complesso portuale dato in affitto).

Nell’ipotesi prospettata l’Agenzia ha ritenuto che “il mero adempimento di obblighi giuridici imprescindibilmente connessi all’incarico - mera gestione del debito in base alla proposta concordataria - ricoperto dalla società in qualità di assuntore del concordato fallimentare, slegato dal compimento di concreti atti imprenditoriali, peraltro relativo ad un periodo di tempo limitato, non appare sufficiente a configurare l’esercizio, effettivo e continuato, di un’impresa commerciale”.

Nel caso prospettato, l’insieme degli atti posti in essere dall’assuntore, concernenti la mera gestione del debito in base alla proposta concordataria, l’individuazione dei creditori ed il pagamento dei rispettivi crediti, non integra l’effettivo esercizio di alcuna delle attività commerciali indicate al comma 1, dell’art. 55, né è riconducibile ad una delle fattispecie di reddito d’impresa elencate al comma 2 dello stesso articolo.

Ne consegue che non ricorre mai a parere dell’Agenzia delle Entrate il requisito della commercialità nel caso di mera esecuzione di obblighi giuridici slegati dal compimento di concreti atti imprenditoriali.

Sulla base di quanto esposto dall’Agenzia, fattispecie simile a quella analizzata nella risoluzione, a nostro avviso, potrebbero essere:

- società veicolo per la cartolarizzazione di crediti;
- società di gestione di attivi incagliati quando tale gestione sia nel concreto lasciato all’istituto di credito che ha effettuato il relativo “Spin Off”.

Infatti, anche in tali casi, che si muovono nell’ambito di un mandato conferito ad una società a conseguire solo specifici atti formali senza una propria organizzazione, pare che, seguendo il pensiero ministeriale, manchi il profilo di commercialità necessario per la Pex.

3.4 Risoluzione n. 323/E del 9 novembre 2007 - Albergo in costruzione

Nella risoluzione in oggetto l’Agenzia ha chiarito che, ai fini dell’applicazione della Pex in caso di cambiamento di destinazione da patrimoniale a strumentale di un immobile rappresentante la maggior parte dell’attivo della partecipata, il requisito della commercialità decorre solo dal momento in cui si concludono i lavori ed effettivamente l’immobile viene destinato all’uso strumentale ed inizia a produrre un reddito d’impresa.

Il caso prospettato riguardava una società (partecipante) che intendeva conoscere il trattamento riservato alla plusvalenza realizzata dalla cessione di una partecipazione detenuta in una società (partecipata) il cui maggiore Asset aziendale era rappresentato da un immobile storico, già utilizzato ad uso patrimoniale, che doveva essere sottoposto a lavori di ristrutturazione, restauro e cambio destinazione per poi essere adibito ad albergo in seguito all’ultimazione dei lavori, gestito direttamente dalla società partecipata.

Essendo intenzione della partecipata avviare un'attività commerciale, quale la gestione di un albergo, l'istante chiedeva se quest'ultima detenesse i requisiti di commercialità e da quando, e quindi se la plusvalenza realizzata potesse beneficiare dell'esenzione Pex.

Al riguardo l'Agenzia ha ribadito che la lettera d) del comma 1, dell'art. 87 del TUIR prevede una presunzione assoluta di non commercialità in capo a quelle società il cui valore del patrimonio è rappresentato unicamente da immobili patrimonio e non da immobili al cui scambio ed alla cui produzione è diretta l'attività d'impresa (immobili merce) o da impianti e fabbricati utilizzati direttamente dall'impresa (immobili strumentali).

Inoltre, sempre l'art. 87, comma 2, prevede che il suddetto requisito deve sussistere ininterrottamente al momento del realizzo della plusvalenza ed almeno dall'inizio del terzo periodo d'imposta precedente al realizzo stesso.

Nel caso prospettato l'Agenzia si è espressa dicendo quindi che la società partecipata non detiene il requisito citato in quanto la sua attività è consistita sino all'inizio dei lavori di ristrutturazione in mera attività di gestione di un immobile patrimonio, avente quale unico guadagno il canone di locazione.

Pur avendo manifestato la partecipata l'intenzione di svolgere un'effettiva attività commerciale la stessa si considera iniziata solo dal momento in cui terminati i lavori viene cambiata la destinazione d'uso dell'immobile.

Solo da quel momento inizia a decorrere il triennio richiesto per la sussistenza del requisito della commercialità.

3.5 Risoluzione n. 226/E del 18 agosto 2009 - Passive Income

L'Agenzia delle Entrate, con la presente risoluzione, estende la trattazione del tema relativo al requisito della commercialità introducendo un'ulteriore restrizione per le società partecipate che svolgono attività di mero sfruttamento dei marchi mediante la percezione di Royalties.

La risoluzione ha ad oggetto un interpello, in cui si chiedeva se potesse beneficiare del regime Pex una società che svolgesse, quale attività, unicamente la concessione di licenze per lo sfruttamento del marchio di proprietà.

Secondo l'Agenzia delle Entrate, il beneficio della Pex non può essere accordato nel caso in cui una plusvalenza derivi dalla cessione di una partecipazione detenuta in una società "senza impresa", e invece opera soltanto se la "commercialità" è reale e le partecipazioni sono riferibili a società realmente produttive.

I benefici di tale regime, secondo l'Amministrazione Finanziaria, non sono quindi concedibili se la società si occupa solo della gestione di un marchio, percependo per tale attività solo royalties, senza un'effettiva attività d'impresa (Società Passive Income).

La soluzione prospettata dall'Agenzia è nel solco delle decisioni procedurali, formando in sostanza una prassi consolidata – non c'è Pex quando la società si limita alla mera gestione dei propri attivi (materiali ed immateriali), senza alcun effettiva attività finalizzata alla creazione di "Valore Aggiunto".

Ovviamente la linea di demarcazione tra ciò che è mera gestione e ciò che non lo è, non è né di agevole determinazione, né è regolamentata - occorrerà sempre la verifica concreta.

Tuttavia, a nostro parere, una utile prova per tracciare tale confine, è trasferire l'attività in specie sulla persona fisica.

Se la stessa, in capo alle persone fisiche dà luogo a redditi d'impresa allora trasposta in società essa avrà il requisito della commercialità, nel caso in cui si configurassero in capo alle persone fisiche altre categorie di reddito, allora, la società esercita le attività che producono quel tipo di reddito, ai fini Pex non sarà "commerciale".

4. La commercialità secondo la risposta all'interrogazione parlamentare - Start Up

Il tema della commercialità nelle società in fase di Start Up è stato oggetto di un'interrogazione parlamentare, la n. 5-01695 del 29 luglio 2009, in cui è stato chiesto se si possa considerare esistente tale requisito in capo alle società che hanno solo iniziato i lavori di predisposizione dei propri siti produttivi, ma che non sono ancora in grado di svolgere attività d'impresa.

In tale interrogazione si è fatto riferimento alla risoluzione dell'Agenzia delle Entrate n. 323/E del 9 novembre 2007, illustrata nel precedente paragrafo, in cui la società istante deteneva partecipazioni in una società considerata immobiliare di gestione, la cui attività si limitava alla semplice riscossione del fitto relativo alla locazione dell'unico immobile, storico artistico, detenuto nell'attivo dello stato patrimoniale quale immobile patrimonio, ed aveva iniziato i lavori di ristrutturazione dell'unico immobile al fine di realizzare un hotel da poter gestire direttamente, una volta terminati i lavori di ristrutturazione, e solo dopo aver effettuato il cambio di destinazione d'uso dell'immobile.

La risposta è interamente perchè confermare che affinché la società partecipata possa essere considerata quale impresa commerciale, essa deve detenere immobili merce (al cui scambio è diretta l'attività d'impresa) oppure immobili strumentali (cioè utilizzati direttamente per lo svolgimento dell'attività d'impresa, quali, ad esempio, gli opifici industriali).

Con la precisazione che nel caso in cui la società partecipata detenga sia immobili strumentali che immobili patrimonio occorre individuare il patrimonio prevalente la cui entità va calcolata tenendo conto del valore corrente delle attività e non del valore contabile, considerando anche gli avviamenti positivi e negativi anche se non iscritti.

Ma soprattutto la risposta è rilevante perché secondo il Ministero dell'Economia Inoltre, si devono distinguere due principi di carattere generale:

1. ai fini della verifica della sussistenza del requisito della commercialità non basta la sola costituzione in forma di società di capitali, ma deve essere svolta un'effettiva attività d'impresa;
2. le attività di predisposizione dei mezzi di produzione e gli atti preparatori e di organizzazione diretti a porre le premesse necessarie per lo svolgimento di una determinata attività economica non costituiscono attività commerciale sensibili ai fini Pex.

I principi prospettati introducono di per sè un'ulteriore restrizione, peraltro ultra legem,

concernente in questo caso, il momento dal quale una società pur avendo nella sostanza tutti i presupposti per il beneficio della Pex, possa considerarsi come esercente una impresa.

Secondo il Ministero, si ha impresa commerciale a far data da quando la società produce o è tecnicamente in grado di produrre i suoi ricavi caratteristici.

Identificando quindi in modo del tutto improprio, il ricavo effettivo (o potenziale) cui l'esercizio d'impresa, laddove è invece incontestato che l'esercizio dell'impresa non sia frammentabile in fasi a diversa natura e che anche tutte le indispensabili attività precedenti l'avvio della produzione di ricavi siano tecnicamente configurabili come attività d'impresa.

Probabilmente, il Ministero ha assunto tale posizione così restrittiva e del tutto non condivisibile sul presupposto di considerare le plusvalenze dalla vendita di una società in Start – Up, non già quali dividendi anticipati (e perciò quasi totalmente esenti) come accade quando si vende una partecipazione in società che già produce ricavi, ma come mero capital gain, privo quindi dei presupposti “filosofici” della Pex.

Si resta a disposizione per ogni eventuale chiarimento.

Dott. ssa Rosa Lina Di Fiore
rosalinadifiore@studiofiorentino.com

Dott. Marco Fiorentino
marcofiorentino@studiofiorentino.com

Dott. Maurizio Moccaldi Ruggiero
mauriziomoccaldi@studiofiorentino.com

DISCLAIMER

La presente circolare ha il solo scopo di fornire informazioni di carattere generale. Di conseguenza, non costituisce un parere tecnico né può in alcun modo considerarsi come sostitutivo di una consulenza specifica.