

Risposta n. 481/2022

OGGETTO: Interpello ordinario ex art. 11, co. 1, lett. a), della L. n. 212 del 2000 - regime PEX - situazione di "liquidazione di fatto" - residenza della società partecipata estera - criteri per l'individuazione degli Stati o territori a regime fiscale privilegiato - articoli 47-bis e 87 del TUIR

Con l'istanza di interpello specificata in oggetto, e' stato esposto il seguente

QUESITO

ALFA (di seguito, anche, "Società" o "Istante") rappresenta di essere (...).

L'Istante fa presente che, nel mese di xxx (*n*), la società interamente partecipata di diritto (...) BETA «*considerata la liquidazione di fatto già in corso, ha deliberato la distribuzione di dividendi per un importo di xxx, corrispondenti a xxx Euro*».

La Società riferisce che BETA operava storicamente come (...) e che è stata costituita nel (*n-37*) da GAMMA, la quale, nell'ambito dell'operazione di scissione proporzionale a favore di DELTA, ha trasferito il complesso aziendale che operava in via diretta e indiretta tramite le proprie controllate nel settore (...) e tra gli *asset* trasferiti in tale occasione era inclusa la partecipazione totalitaria in BETA, avvenuta nel (*n-15*). L'Istante precisa che la predetta partecipazione è stata trasferita in regime di neutralità e nel rispetto della continuità dei valori per un valore netto contabile pari a Euro xxx (...).

Successivamente, in data xxx (*n-5*), ha avuto efficacia l'operazione di fusione

inversa di DELTA nella Società (allora controllata al 100% dalla stessa DELTA). Con tale operazione, DELTA è stata estinta e tutto il business di (...) precedentemente in capo a DELTA è stato trasferito all'Istante. In tale occasione è stata trasferita all'Istante, a parità di valore, la partecipazione in BETA (...). La Società precisa che dal (n-5) BETA non è stata interessata da ulteriori operazioni straordinarie ed è pertanto rimasta controllata al 100% da ALFA

Con specifico riguardo alla predetta distribuzione di dividendi, l'Istante chiarisce che, come si evince dalla movimentazione del patrimonio netto (n-1)-(n) della partecipata, *«la distribuzione ha riguardato il versamento di capitale eseguito dal socio unico (allora GAMMA) da ultimo - nel corso del (n-17) e rilevato nella voce (...)»*. Inoltre, la Società precisa che *«BETA dal (n-18) ad oggi: 1. è stata quasi sempre in perdita civilistica (e fiscale). La marginalità negativa della Società deve essere considerata nell'ambito dell'attività svolta e del ruolo che nel settore di riferimento assume il business (...); 2. non ha mai distribuito dividendi; 3. gli utili portati a nuovo sono stati totalmente assorbiti dalle perdite portate a nuovo da esercizi precedenti.»* (...).

L'Istante ritiene che la distribuzione (civilistica) di dividendi per xxx debba essere fiscalmente qualificata come una distribuzione di capitale/riserve di capitale, da confrontare con il costo fiscalmente riconosciuto della partecipata americana al fine di determinare la plusvalenza/minusvalenza conseguente, ai sensi delle disposizioni contenute negli articoli 86 e 87 del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917 (di seguito, "TUIR").

Con riferimento al costo fiscale della partecipazione in BETA della Società, nell'istanza è stato evidenziato che: (i) nel bilancio della GAMMA, la partecipazione era stata iscritta a un valore di costo pari a Euro xxx, corrispondente al valore fiscale; (ii) nel (n-18) la partecipazione è stata interamente svalutata (tale svalutazione è stata dedotta in 5 periodi di imposta, in applicazione della norma transitoria recata

dall'articolo 1, comma 1, lettera b), del decreto-legge 24 settembre 2002, n. 209); (iii) nel (n-17) la GAMMA ha effettuato un versamento in conto capitale per il ripianamento delle perdite, per un importo pari a Euro xxx (...); (iv) successivamente la partecipazione è stata svalutata per Euro xxx, portando il costo fiscale della partecipata (coincidente a quello contabile) al valore di Euro xxx; (v) la svalutazione è stata dedotta in quanto riferita ai c.d. sottozero (ai sensi dell'articolo 61, comma 5, del TUIR vigente prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo 12 dicembre 2003, n. 344) (...).

Alla luce di quanto sopra, l'Istante riferisce che la plusvalenza relativa alla distribuzione di riserve di capitale di BETA eseguita a xxx (n) è pari a Euro xxx (pari alla differenza tra le riserve di capitali distribuite in Euro xxx e il valore fiscale della partecipazione BETA di Euro xxx).

L'Istante rappresenta che, in ragione del rinvio eseguito dal comma 6 dell'articolo 87 del TUIR all'articolo 86, comma 5-*bis* del TUIR, l'eventuale plusvalenza pari alla differenza positiva tra le somme distribuite a titolo di ripartizione delle riserve di capitale *ex art.* 47, comma 5, del TUIR e il costo fiscalmente riconosciuto della partecipazione sarà esente da tassazione (in misura pari al 95%) in presenza dei requisiti previsti per l'applicazione della *participation exemption* (c.d. regime PEX) dai commi 1 e 2 dell'articolo 87 del TUIR e che tale disposizione vale anche per le somme distribuite nei casi di liquidazione della società partecipata.

In merito alla percentuale di esenzione, la Società sottolinea che, laddove rispetto ai quesiti posti nel seguito fosse confermata l'applicazione della PEX, la predetta plusvalenza sarebbe esente all'84%, ai sensi della norma transitoria contenuta nell'articolo 1, comma 34, della Legge 24 dicembre 2007, n. 244, la quale ha previsto l'esenzione in misura pari all'84% per le plusvalenze realizzate a partire dal 1° gennaio 2008 e fino a concorrenza delle svalutazioni fiscalmente dedotte nei periodi d'imposta anteriori a quello in corso al 1° gennaio 2004.

Ciò posto, con riferimento alla fattispecie sopra descritta l'Istante, ai sensi

dell'articolo 11, comma 1, lettera *a)*, della Legge n. 212 del 2000, chiede il parere della scrivente limitatamente alla corretta applicazione delle disposizioni previste dall'articolo 87, comma 1, lettere *c)* e *d)*, e dal comma 2 del medesimo articolo TUIR in materia di *participation exemption* nell'ambito della verifica della decorrenza temporale del requisito attinente allo svolgimento di un'impresa commerciale da parte della società americana BETA e dei criteri per determinare la residenza fiscale di quest'ultima.

Nello specifico la Società pone i seguenti tre quesiti di natura interpretativa.

1) Con riferimento al requisito della commercialità di cui alla lettera *d)* del comma 1 dell'articolo 87 del TUIR, l'Istante chiede conferma che, alla luce delle interpretazioni di prassi ministeriale, la verifica del requisito dell'impresa commerciale debba essere eseguita con riferimento all'inizio del terzo periodo d'imposta anteriore al momento di inizio della c.d. liquidazione di fatto coincidente con il 1° gennaio (*n-1*), a seguito della cessazione al 31 dicembre (*n-2*) del contratto (...) (e non al momento del realizzo) [di seguito, "Quesito n. 1"].

2) Ai fini dell'orizzonte temporale da monitorare per la verifica del requisito della residenza fiscale della partecipata di cui alla lettera *c)* del comma 1 dell'articolo 87 del TUIR, la Società chiede se la distribuzione di riserve di capitale dalla quale si origina la plusvalenza possa essere assimilata a una cessione nei confronti di controparti non appartenenti al gruppo, con la conseguenza di circoscrivere la verifica del predetto requisito ai cinque periodi d'imposta antecedenti a quelli del realizzo del componente positivo di reddito (di seguito, "Quesito n. 2").

3) Stante le modifiche normative che hanno interessato i criteri identificativi dei regimi fiscali di Stati o territori privilegiati e la mancata previsione di una disciplina che regoli il periodo transitorio con riferimento all'introduzione dell'articolo 47-*bis* del TUIR e alle modifiche apportate al successivo articolo 87 (per le partecipazioni già possedute alla data di entrata in vigore del citato articolo 47-*bis*), ai fini dell'accertamento della residenza fiscale della partecipata oggetto di realizzo, l'Istante

chiede se la verifica della residenza della partecipata BETA sia da porre in essere secondo i criteri pro-tempore vigenti per l'individuazione degli Stati a fiscalità privilegiata ovvero secondo il criterio attuale, previsto dall'articolo 47-*bis* del TUIR, anche con riferimento alla annualità antecedenti l'entrata in vigore dell'attuale disposizione (di seguito, "Quesito n. 3").

Con nota (...), la scrivente ha formulato una richiesta di documentazione integrativa alla quale la Società ha risposto, producendo le informazioni e la documentazione richieste, in data (...) (acquisita con ... - di seguito, "Documentazione Integrativa"). In proposito, la Società ha tra l'altro chiarito alcuni aspetti della procedura liquidatoria di BETA producendo un bilancio di verifica al xxx n , nonché evidenziato che nel xxx ($n+2$) quest'ultima ha effettuato un ulteriore versamento al socio della "cassa residua" derivante dalla chiusura della liquidazione per xxx (la quale è stato fiscalmente considerato - analogamente a quella effettuata nel xxx (n) di cui sopra - come una distribuzione di riserve di capitali).

SOLUZIONE INTERPRETATIVA PROSPETTATA DAL CONTRIBUENTE

Quesito n. 1

L'Istante, alla luce dei chiarimenti forniti dalla prassi (cfr. circolari n. 10/E del 16 marzo 2005, par. 5.6, e n. 7/E del 29 marzo 2013) e degli elementi fattuali riportati nell'istanza, ritiene che il requisito dello svolgimento di un'impresa commerciale da parte della società americana partecipata debba essere verificato per i periodi di imposta ($n-2$), ($n-3$) e ($n-4$).

La Società rileva che, nel caso di specie, BETA è stata un'impresa dotata del requisito di commercialità sino al 31 dicembre ($n-2$), dal momento che la propria attività consisteva nella (...).

A partire dall'esercizio ($n-1$), a causa della cessazione della (...), avvenuta in data xxx ($n-2$), si è limitata a portare a termine quelle attività concordate nell'accordo che

regolava la conclusione (...). In tal senso, infatti, già nel corso del $(n-2)$, BETA non ha provveduto a rinnovare i contratti (...) e comunicava ai clienti la chiusura della relazione commerciale. Nel $(n-1)$ non risultava alcun costo del personale dipendente, cessato a causa dell'interruzione dell'attività. In tal senso, nel bilancio di verifica al 31 dicembre $(n-1)$ il conto (...).

In questa prospettiva, ad avviso dell'Istante, la messa in liquidazione della società partecipata nel (n) costituisce esclusivamente l'atto formale propedeutico al successivo scioglimento definitivo della Società, che nel frattempo ha provveduto a restituire le licenze necessarie per lo svolgimento delle attività nel corso $(n+1)$ (...).

Inoltre, la Società precisa che l'utile conseguito nell'esercizio del (n) è connesso esclusivamente al rilascio di fondi (svalutazione crediti, resi e abbuoni) riconducibili al business cessato nel $(n-2)$ (...).

Alla luce di quanto sopra prospettato, l'Istante giunge alla conclusione che, nel momento del realizzo della plusvalenza (xxx (n)) coincidente con la distribuzione di riserve, la partecipata BETA poteva già considerarsi in uno stato di c.d. liquidazione di fatto, in quanto l'annualità $(n-2)$ costituisce l'ultimo anno in cui la medesima ha esercitato attività commerciale.

Quesito n. 2

L'Istante evidenzia che, ai fini dell'articolo 87 del TUIR, il possesso della partecipata americana risale al suo anno di costituzione $(n-37)$. Sulla base dei chiarimenti della circolare ministeriale n. 36/E del 4 agosto 2004 in merito agli effetti sulla PEX delle operazioni straordinarie, infatti, la partecipazione in esame è stata trasferita alla Società mediante due operazioni straordinarie in regime di c.d. neutralità fiscale (nel $(n-15)$ con l'operazione di scissione parziale da GAMMA a BETA e nel $(n-5)$ con la fusione inversa di DELTA nell'Istante) che non rilevano, essendo operazioni che hanno interessato la partecipante (e non la partecipata).

Nonostante l'anzianità del possesso della partecipazione e l'assenza di un atto di trasferimento verso i terzi, la Società ritiene che la distribuzione in esame non integri

alcuna pianificazione fiscale contraria ai principi del TUIR e delle raccomandazioni OCSE (cfr. circolare n. 7/E del 2013), dal momento che:

(i) non sussiste alcuna effettiva cessione infragruppo della società partecipata visto che la plusvalenza trae origine da un atto societario che, ai fini tributari, è costituito dalla distribuzione di riserve di capitale il cui trattamento è equiparato a un trasferimento;

(ii) l'incasso ricevuto dall'Istante non è espressione di una ricchezza/utile che non ha scontato la tassazione in misura congrua nel Paese estero di maturazione e ciò proprio in ragione dell'andamento economico deficitario della stessa partecipata;

(iii) tale incasso rappresenta, invece, la restituzione di somme apportate a titolo di capitale per la copertura perdite che, essendo state dedotte dal socio secondo le regole pro-tempore vigenti, devono essere assoggettate a tassazione a titolo di plusvalenze, ai sensi del richiamo all'articolo 47, comma 7, del TUIR.

L'assenza di un vero e proprio atto di cessione *intercompany* con la formazione di un prezzo collegato all'attività della partecipata (e agli utili prodotti nel tempo dalla medesima) e il contesto in cui si pone la distribuzione di riserve (la liquidazione di fatto della partecipata) rendono la stessa distribuzione un atto idoneo a essere assimilato a un realizzo con controparti non appartenenti allo stesso gruppo del dante causa, ai fini della verifica della residenza fiscale richiesta dall'articolo 87, comma 1, lettera c) e comma 2.

Conseguentemente, l'Istante ritiene possibile limitare il test della residenza fiscale ai soli cinque periodi antecedenti a quello del realizzo stesso (n) e, segnatamente, ai periodi di imposta dal $(n-5)$ al $(n-1)$.

Quesito n. 3

L'Istante ritiene che ai fini della verifica del requisito della residenza richiesto dall'articolo 87, comma 1, lettera c), del TUIR, debbano essere adottati i criteri pro-tempore vigenti.

Nel caso di specie, la Società ritiene che, ove fosse accolta la soluzione posta al

Quesito n. 2, l'applicazione dei criteri pro-tempore vigenti implicherebbe:

(a) per i periodi d'imposta $(n-1)$ e (n) : la verifica della congruità della tassazione effettiva estera di BETA rispetto a quella teorica italiana, sulla base dell'attuali articoli 47-*bis* e 167 del TUIR. Tenuto conto delle disposizioni in vigore alla data del 31 dicembre 2020, l'Istante verificherà l'*Effective Tax Rate* (anche "ETR") estero e italiano della partecipata BETA;

(b) per i periodi d'imposta $(n-4)$, $(n-3)$ e $(n-2)$: la verifica del livello di tassazione nominale - rettificato di eventuali regimi speciali - applicato a BETA rispetto a quello italiano;

(c) per il solo periodo d'imposta $(n-5)$: la verifica dell'esclusione degli Stati Uniti dalla lista degli Stati e territori *black list* prevista dal decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 21 novembre 2001 (e successive modifiche - di seguito, DM 2001) e verifica che BETA non abbia beneficiato di regimi fiscali speciali di favore.

Nell'ipotesi in cui non fosse accolta la soluzione proposta al Quesito n. 2, la verifica della residenza fiscale dovrebbe essere estesa anche ai periodi d'imposta dal $(n-6)$ al $(n-18)$: verificando l'esclusione degli Stati Uniti dalla lista degli Stati e territori *Black list* prevista dal DM 2001 (e successive modifiche), e ai periodi d'imposta precedenti al 2002 (fino al $(n-37)$). Per tali anni la disciplina CFC non era ancora in vigore, pertanto, l'Istante ritiene di far valere la lista degli Stati e territori *Black list* prevista dal DM 2001 anche per i periodi d'imposta precedenti. Tale approccio troverebbe un'indiretta conferma nella circolare n. 36/E del 2004 i cui esempi, per la verifica della residenza della partecipata estera, facevano riferimento alla lista del DM 2001, anche per la verifica della residenza nelle annualità pregresse l'entrata in vigore di tale lista.

A fondamento della soluzione proposta, la Società richiama il principio sotteso alla disposizione introdotta, con riferimento ai dividendi, dall'articolo 1, comma 1007, della Legge 27 dicembre 2017, n. 205 (legge di Bilancio 2018), la quale ha previsto

che non si considerano provenienti da Paesi *Black list* gli utili maturati in periodi d'imposta in cui la partecipata era considerata *White* sulla base delle norme *pro-tempore* vigenti e percepiti in periodi di imposta in cui sono integrate le condizioni dell'articolo 47-*bis* del TUIR. Tale intervento - secondo la Società - si è reso necessario per non ledere il principio di legittimo affidamento del contribuente che abbia confidato nella natura non paradisiaca del Paese in cui hanno effettuato l'investimento e per superare parzialmente la posizione della circolare ministeriale n. 35/E 2016.

Considerato l'intento del legislatore in relazione alla tassazione dei dividendi, da un punto di vista logico-sistematico, l'Istante ritiene corretto che anche per le plusvalenze debbano essere applicati i criteri *pro-tempore* vigenti al fine di verificare la residenza fiscale per l'applicazione della PEX ai sensi dell'articolo 87 del TUIR.

Inoltre, la Società rileva che l'applicazione retroattiva della verifica dell'ETR sulla base di quanto previsto dall'articoli 47-*bis* e dall'articolo 167 del TUIR, oltre a ledere il legittimo affidamento degli investitori, implicherebbe per la società controllante il recupero di un *set* documentale (ad esempio bilanci di verifica, calcoli imposte, dichiarazioni) di anni non recenti, la cui conservazione potrebbe anche non essere più obbligatoria per norma di legge. Infatti, nel caso di specie, l'Istante dovrebbe recuperare un *set* documentale e informativo a partire da ($n-37$), laddove non fosse confermata la soluzione del contribuente al Quesito n. 2, che per ovvie ragioni di carattere temporale non è disponibile o comunque di difficile, se non impossibile recupero.

Peraltro, la Società evidenzia che, nel caso di specie, la soluzione fornita è ulteriormente avallata dalla considerazione che, se la distribuzione del dividendo eseguita nel xxx (n) da BETA fosse considerata una distribuzione di utili, si applicherebbe la disciplina dei dividendi. Assunto che gli utili sono stati prodotti in periodi di imposta in cui non sussisteva il criterio attualmente in vigore, i medesimi verificate le regole *pro-tempore* vigenti in materia di residenza potrebbe godere

dell'esclusione posta dall'articolo 89 del TUIR.

Sul punto, l'Istante sottolinea come l'applicazione "retroattiva" della nuova disciplina porti a evidenti disparità di trattamento tra il socio che oggi percepisce dividendi pregressi (considerati *white* al momento della maturazione ai sensi della legge di Bilancio 2018) in regime di esclusione, e il socio che, realizzando i medesimi proventi sotto forma di plusvalenza tramite realizzo della partecipazione infragruppo, potrebbe vedersi integralmente tassata tale plusvalenza (in tal senso, nella circolare Assonime n. 15/2021).

PARERE DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE

In via preliminare, si evidenzia che esula dall'analisi della presente istanza la corretta determinazione e quantificazione delle poste contabili, dei valori fiscali indicati nell'istanza e nella documentazione integrativa e nei relativi allegati prodotti, restando impregiudicato qualsiasi potere di controllo da parte dell'Amministrazione finanziaria volto alla corretta determinazione, qualificazione e quantificazione degli stessi.

Inoltre, le questioni interpretative sottoposte all'attenzione della scrivente, nell'ambito dei più complessi fatti rappresentati, riguardano esclusivamente il requisito di cui all'articolo 87, comma 1, lettere *c)*, del TUIR relativo alla residenza fiscale dell'impresa partecipata in Stati o territori diversi da quelli a regime fiscale privilegiato (c.d. requisito della residenza fiscale), con particolare riguardo ai criteri identificativi di tali Stati o territori e l'individuazione del periodo di osservazione richiesto dal comma 2 del citato articolo 87, e quello di cui alla successiva lettera *d)* della c.d. commercialità della società partecipata, con specifico riguardo al periodo di verifica di tale condizione in ragione della circostanza che l'impresa estera è in liquidazione.

La presente risposta, pertanto, produce effetti esclusivamente in relazione alle questioni per le quali sono stati formulati i dubbi interpretativi e non si estende a

questioni diverse in assenza di una espressa formulazione di richiesta di parere da parte dell'Istante.

In particolare, esula dalla presente risposta la verifica della sussistenza, nel caso di specie, degli altri requisiti richiesti per l'applicazione del regime PEX; del pari non sono oggetto di valutazione né la corretta determinazione del valore fiscale riconosciuto della partecipazione nella società estera, né la qualificazione fiscale (come distribuzione di riserve di capitali) delle somme distribuite nel xxx (*n*) (e di quelle distribuite nel xxx (*n+2*), come emerso in sede di documentazione integrativa) alla Società dalla partecipata BETA né la misura dell'esenzione stessa.

Tanto premesso, in relazione ai quesiti prospettati si osserva quanto segue.

Quesito n. 1

In merito al requisito della commercialità, le previsioni del comma 1, lettera *d*), e del comma 2 dell'articolo 87 del TUIR mirano a evitare che, modificando in prossimità della cessione della partecipazione il predetto requisito, si possano far valere indebitamente i presupposti applicativi del regime PEX (cfr. circolare n. 7/E del 29 marzo 2013, paragrafo n. 1.1).

La circolare n. 10/E del 16 marzo 2005 (paragrafo 5.6) ha chiarito che, per le società in liquidazione ordinaria, il periodo di osservazione triennale di cui al comma 2 dell'articolo 87 del TUIR del requisito di commercialità deve essere verificato a ritroso, non con riferimento al momento del realizzo della partecipazione, bensì dall'inizio della fase di liquidazione della società partecipata; ciò in quanto la liquidazione costituisce una fase "peculiare" della vita aziendale che, ai fini PEX, non può essere equiparata all'ordinaria attività d'impresa e non può assumere rilevanza nell'esame del requisito della commercialità.

A tal proposito, la circolare n. 7/E del 2013 (paragrafo 1.1) ha sottolineato che, nel caso in cui l'interruzione dell'attività commerciale da parte di una società derivi da un depotenziamento dell'azienda (come, ad esempio, a seguito di cessione di *asset* rilevanti, licenziamento di personale o conseguimento dell'oggetto sociale), occorre

valutare caso per caso se tale depotenziamento non configuri un'ipotesi di «liquidazione di fatto»; in tal caso, tornano applicabili i chiarimenti forniti dalla citata circolare n. 10/E del 2005 per le società in liquidazione.

Al riguardo, in merito alla fattispecie rappresentata dall'Istante, in base a quanto emerge dall'istanza, in data xxx (*n*), con decisione unanime mediante consenso per iscritto del Socio Unico ALFA e dell'Amministratore Unico di BETA, è stata deliberata la liquidazione della partecipata BETA in ragione del termine e del mancato rinnovo del contratto (...) avvenuto in data xxx (*n-2*), atteso che l'attività di BETA consisteva nella (...). Tuttavia, come affermato dall'Istante, *«al fine di ottemperare all'accordo siglato dal Gruppo ALFA (...), già dal (n-2) BETA poneva in essere operazioni propedeutiche alla liquidazione: infatti nel (n-2) la partecipata non ha rinnovato i contratti (...)»* (...).

Dall'istanza e dalla documentazione prodotta si evince, inoltre, che nel corso del (*n-2*) si è proceduto: (*i*) all'invio alle società locatrici di alcune lettere di interruzione dei contratti (...); (*ii*) a comunicare ai clienti che dal xxx (*n-2*) le relazioni commerciali si sarebbero interrotte e che il nuovo referente per (...) sarebbe stato (...); (*iii*) a comunicare ai dipendenti la chiusura (...), come si evince da alcuni esempi di lettere inviate ai dipendenti con le quali si comunicava la chiusura di (...) nei primi mesi del (*n-2*) (...).

Dai bilanci di verifica di BETA degli ultimi (...) esercizi (...) emerge che già nel corso del (*n-2*) BETA ha ridotto in maniera rilevante i costi del personale, in linea con la progressiva chiusura (...), azzerandoli nel (*n-1*).

La progressiva riduzione dell'attività della partecipata estera sin dall'esercizio (*n-2*) appare confermata anche dall'andamento degli investimenti in immobilizzazioni ("*Total tangible asset*"), ricavabile dall'analisi dei bilanci di BETA relativi all'arco temporale che va dal (*n-5*) al (*n*) (...).

L'evoluzione degli investimenti fissi nell'arco temporale considerato è indubbiamente sintomatica di un depotenziamento dell'azienda iniziato

precedentemente alla formale apertura della liquidazione della partecipata estera.

Inoltre, risulta che, a partire dall'esercizio ($n-1$), la cessazione di (...), avvenuta in data xxx ($n-2$), ha determinato il depotenziamento della struttura aziendale della partecipata estera (interruzione di rapporti commerciali essenziali, licenziamento del personale, mancato rinnovo o stipula dei contratti (...)).

A far data dall'inizio del periodo d'imposta ($n-1$) (1° gennaio ($n-1$)), dunque, la partecipata estera, sprovvista di una struttura aziendale adeguata al proseguimento della propria attività, si è limitata a portare a termine quelle attività concordate nell'accordo che regolava la conclusione (...).

Pertanto, si ritiene che nella fattispecie rappresentata si configuri l'ipotesi di una c.d. "liquidazione di fatto" contemplata dalla circolare n. 7/E del 2013 (paragrafo 1.1), iniziata in un esercizio antecedente rispetto a quello di formale messa in liquidazione volontaria della partecipata (n). Di conseguenza, il requisito temporale della commercialità di BETA, ai sensi dell'articolo 87, comma 2, del TUIR, va verificato con riferimento ai tre periodi di imposta antecedenti il periodo in cui ha avuto inizio la suddetta "liquidazione di fatto" della società partecipata.

Sulla base degli elementi forniti nell'istanza, l'apertura della "liquidazione di fatto", in particolare, si colloca all'inizio del ($n-1$) poiché è da tale momento che BETA ha iniziato a svolgere un'attività sostanzialmente liquidatoria, con il fine di cessare la propria attività.

Alla luce di quanto prospettato nell'istanza, pertanto, si ritiene condivisibile la soluzione prospettata secondo cui, nel momento del realizzo della plusvalenza (n) - coincidente con la distribuzione delle riserve - la partecipata BETA poteva già considerarsi in uno stato c.d. di "liquidazione di fatto", in quanto l'esercizio ($n-2$) costituisce l'ultimo periodo d'imposta in cui la medesima ha esercitato un'attività commerciale e che, conseguentemente, il requisito dello svolgimento di un'impresa commerciale da parte della società americana dovrà essere verificato per i periodi di imposta ($n-2$), ($n-3$) e ($n-4$).

Quesito n. 2

L'articolo 87, comma 6, del TUIR estende l'applicabilità del regime della *participation exemption* anche alle plusvalenze di cui all'articolo 86, comma 5-*bis*, del TUIR, secondo cui «*Nelle ipotesi dell'articolo 47, commi 5 e 7, costituiscono plusvalenze le somme o il valore normale dei beni ricevuti a titolo di ripartizione del capitale e delle riserve di capitale per la parte che eccede il valore fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni*».

Le riserve o altri fondi distribuiti da soggetti IRES cui si applica la norma in esame, indicati nell'articolo 47, comma 5, del TUIR, sono quelli costituiti con riserve o altri fondi composti con sopraprezzi di emissione delle azioni o quote, con interessi di conguaglio versati dai sottoscrittori di nuove azioni o quote, con versamenti fatti dai soci a fondo perduto o in conto capitale e con saldi di rivalutazione monetaria esenti da imposta.

Dalla lettura combinata degli articoli 47, comma 7, 89, comma 2, 86, comma 5-*bis*, e 87, comma 6, del TUIR deriva che, ai fini del trattamento fiscale delle somme erogate al socio nei casi di cui all'articolo 47, comma 7, del TUIR (recesso; esclusione; riscatto delle azioni o quote; riduzione del capitale per esuberanza dello stesso; liquidazione anche concorsuale della società o dell'ente), occorre distinguere l'importo corrisposto a titolo di utili da quello corrisposto a titolo di capitale e di riserve di capitale (cfr., circolari n. 26/E del 16 giugno 2004 e n. 36/E del 2004).

In sostanza, in presenza dei requisiti previsti dall'articolo 87 del TUIR, il comma 6 del predetto articolo 87 rende esente (nella misura del 95%) da imposizione soltanto la quota parte della somma ricevuta in occasione della ripartizione del capitale e di riserve di capitale che eccede il valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione; mentre, la quota parte corrispondente all'utile da partecipazione rimane assoggettata a tassazione secondo le modalità previste per i dividendi.

Per quanto qui di specifico interesse, la lettera *c)* del comma 1 dell'articolo 87 del TUIR prevede che, ai fini dell'applicabilità del regime PEX, la partecipata deve

risiedere ai fini fiscali in Stati o territori diversi da quelli a regime fiscale privilegiato.

La medesima lettera prevede che la condizione indicata nell'articolo 47-*bis*, comma 2, lettera *b*), del TUIR, deve sussistere, ininterrottamente, sin dal primo periodo di possesso della partecipazione; "*tuttavia*" per i rapporti detenuti da più di cinque periodi di imposta e oggetto di realizzo con controparti non appartenenti allo stesso gruppo del dante causa, è sufficiente che tale condizione sussista, ininterrottamente, per i cinque periodi d'imposta anteriori al realizzo stesso.

Il medesimo periodo di sorveglianza è previsto dal comma 2 del più volte citato articolo 87 per il requisito della residenza fiscale.

Si ricorda, al riguardo, che la previsione di un periodo di osservazione durante il quale deve essere verificata la sussistenza del requisito in parola risponde alla finalità antielusiva di evitare arbitraggi fiscali attraverso trasferimenti della residenza fiscale della partecipata in prossimità dell'atto di realizzo, al fine di aggirare le disposizioni in materia di tassazione dei dividendi e delle plusvalenze provenienti da Paesi a fiscalità privilegiata (cfr. circolare n. 7/E del 29 marzo 2013, paragrafo 9).

Nel caso di specie, la plusvalenza con riferimento alla quale si chiede l'applicazione del regime PEX non origina da un'operazione di cessione della partecipazione, bensì da una delibera di "*distribuzione di dividendi*" riconducibile sotto il profilo fiscale, in base a quanto affermato dall'Istante e qui assunto acriticamente, ad una distribuzione di capitale, la quale conseguentemente costituisce plusvalenza per la parte che eccede il costo fiscalmente riconosciuto della partecipazione nella società controllata BETA.

A fronte di ciò, l'Istante - che, come sopra più volte evidenziato non ha formulato alcun dubbio sulla applicazione al caso di specie della suddetta norma di equiparazione, che, quindi, ai fini della presente risposta si assume acriticamente applicabile - formula un quesito in ordine a quale sia il periodo di osservazione relativo al requisito della residenza fiscale in tale fattispecie, ossia, se quello pari ai cinque periodi d'imposta anteriori al realizzo (come richiesto nel caso di cessioni verso

terzi) o se quello che decorre dal primo periodo di possesso della partecipazione (come previsto per le operazioni realizzative infragruppo).

Ciò posto, giova evidenziare che, a seguito delle modifiche apportate dal decreto legislativo 29 novembre 2018, n. 142 (di seguito, "Decreto ATAD"), il comma 2 dell'articolo 87 del TUIR dispone in primis la regola generale secondo cui il requisito di cui al comma 1, lettera c), deve sussistere, ininterrottamente, sin dal primo periodo di possesso; mentre, stabilisce un periodo di sorveglianza diverso (cinque periodi d'imposta anteriori al realizzo) con esclusivo riferimento ai rapporti detenuti da più di cinque periodi di imposta, nel caso di cessioni effettuate nei confronti di controparti non appartenenti allo stesso gruppo del dante causa.

Al riguardo, la relazione illustrativa al Decreto ATAD chiarisce che *«la dimostrazione dell'esimente di cui alla lettera b) del comma 2 dell'articolo 47-bis, per le cessioni effettuate con controparti che non appartengono allo stesso gruppo del cedente, deve essere effettuata con riferimento ad un periodo di monitoraggio massimo di cinque periodi d'imposta e soltanto con riguardo ai soli periodi d'imposta in cui il Paese è considerato a fiscalità privilegiata. Coerentemente, se la partecipata non è invece considerata assoggettata a un regime fiscale privilegiato, **la fruizione della esenzione della plusvalenza è concessa, per le cessioni extra-gruppo, per il solo fatto che tale condizione sia soddisfatta per il quinquennio precedente**»* (enfasi aggiunta, n.d.r.).

Pertanto, si ritiene che nel caso di specie non si renda applicabile il periodo di monitoraggio quinquennale in parola poiché questo criterio, trovando applicazione solo al ricorrere delle condizioni espressamente indicate, rappresenta un'eccezione alla regola (generale) del periodo di monitoraggio "sin dal primo periodo di possesso".

Quesito n. 3

La lettera c) del comma 1 dell'articolo 87 del TUIR, come modificata dal Decreto ATAD, stabilisce che gli Stati o territori diversi da quelli a regime fiscale privilegiato devono essere individuati *«in base ai criteri di cui all'articolo 47-bis,*

comma 1, o, alternativamente, la dimostrazione, anche a seguito dell'esercizio dell'interpello di cui allo stesso articolo 47-bis, comma 3, della sussistenza della condizione di cui al comma 2, lettera b), del medesimo articolo».

Nello specifico, l'articolo 47-*bis*, comma 1, del TUIR ha espressamente disposto che non costituiscono regimi fiscali privilegiati quelli adottati da Stati o territori appartenenti all'Unione europea ovvero da quelli aderenti allo Spazio economico europeo con i quali l'Italia abbia stipulato un accordo che assicuri un effettivo scambio di informazioni.

In proposito, va rilevato che la verifica della sussistenza del requisito della residenza fiscale della partecipata deve essere condotta sulla base dei criteri identificativi dei regimi a fiscalità privilegiata vigenti individuati dall'attuale formulazione dell'articolo 47-*bis* del TUIR (appartenenza a Stati UE/SEE: esclusione senza nessuna verifica; appartenenza a Stati non UE/SEE: verifica del *tax rate* nominale in caso di collegamento e del *tax rate* effettivo in caso di controllo) nella prospettiva "anno per anno", ossia tenendo conto della specifica situazione in cui versa il contribuente (tassazione estera, esistenza o meno del controllo, etc.) in ciascuno dei periodi d'imposta oggetto di monitoraggio.

Vista la risposta al Quesito n. 2, l'applicazione del periodo di sorveglianza valevole per le cessioni infragruppo comporta in linea di principio il monitoraggio del requisito della residenza fiscale della partecipata, nel caso in esame, sin dalla costituzione della stessa avvenuta in data (*n-37*), essendo stata acquisita la partecipazione in esame dalla Società per effetto di due operazioni straordinarie in regime di c.d. neutralità fiscale (nel (*n-15*) con l'operazione di scissione parziale da GAMMA - società che ha costituito BETA - a DELTA. e nel (*n-5*) con la fusione inversa di quest'ultima nell'Istante).

Pertanto, sarà cura dell'Istante verificare l'assetto partecipativo esistente in ciascuno dei periodi oggetto di monitoraggio, e applicare il corrispondente criterio (*tax rate* nominale in caso di collegamento e *tax rate* effettivo in caso di controllo)

previsto dall'articolo 47-*bis* del TUIR.

Va da sé che i predetti criteri non possono trovare applicazione per i periodi d'imposta precedenti al 2001, per i quali non era in vigore alcuna normativa in materia di partecipazioni detenute in Paesi o territori a fiscalità privilegiata applicabile alla fattispecie descritta.

Il presente parere viene reso sulla base degli elementi e dei documenti presentati, assunti acriticamente così come illustrati nell'istanza di interpello, nel presupposto della loro veridicità e concreta attuazione del contenuto. Resta impregiudicato ogni potere di controllo dell'Amministrazione finanziaria volto a verificare se la rappresentazione delle vicende descritte in sede di interpello, per effetto di eventuali altri atti, fatti o negozi a esso collegati e non rappresentati dall'Istante ovvero rappresentati in maniera difforme dalla realtà possa condurre a una diversa qualificazione fiscale della fattispecie in esame.

**firma su delega del Direttore Centrale,
Capo Divisione aggiunto
Vincenzo Carbone
Delega n. 324214 del 10 agosto 2022**

IL CAPO SETTORE

(firmato digitalmente)