



ASSOCIAZIONE ITALIANA dei PROFESSORI
e degli STUDIOSI di DIRITTO TRIBUTARIO

Osservazioni relative alla Consultazione pubblicata il 5 luglio 2021 avente quale oggetto il documento intitolato “*Chiarimenti in tema di Società Controllate Estere (CFC) Articolo 167 del TUIR come modificato dall’articolo 4 del decreto legislativo 28 novembre 2018, n. 142*”

1. Premessa.

Con il presente documento, l’Associazione Italiana dei Professori e degli Studiosi di Diritto Tributario (“AIPSDT”) si propone di contribuire al dibattito relativo alla predisposizione dei chiarimenti relativi alla disciplina delle *Controlled Foreign Companies* di cui all’art. 167 del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (“TUIR”). Coerentemente con quanto già fatto con le precedenti Consultazioni, l’AIPSDT intende favorire la discussione attraverso la propria prospettiva interpretativa, frutto dell’apporto scientifico dei suoi componenti.

Nell’elaborare le seguenti osservazioni, abbiamo posto attenzione ai seguenti aspetti:

- (i) certezza del diritto: abbiamo cercato di approfondire i profili della disciplina CFC rispetto ai quali ci sembra necessario esplicitare indicazioni più puntuali di quelle fornite nella Circolare, per consentire al contribuente di prevedere in maniera univoca il trattamento fiscale delle scelte economiche;
- (ii) coerenza con le fonti sovranazionali: abbiamo cercato di individuare le interpretazioni della disciplina di fonte interna maggiormente in linea con quanto dispongono le fonti sovranazionali, ovvero – in particolare - la Direttiva del Consiglio del 12 luglio 2016, n. 2016/1164 (la “Direttiva ATAD”) e il *Final Report* dell’Action 3 del Progetto BEPS dell’OCSE, che costituiscono la matrice della riformulazione dell’attuale art. 167 del TUIR;
- (iii) coerenza interna: abbiamo ritenuto opportuno evidenziare come preferibili quelle interpretazioni delle parti dell’art. 167 del TUIR che garantiscono una maggior coerenza sistematica con tutte le altre parti del dato normativo in esame.

1. Osservazioni generali e di policy.

1.1. Ratio e ambito applicativo; concetto di controllo (paragrafo 1).

La disciplina CFC risponde oggi più all’obiettivo di proteggere la base imponibile nazionale e recuperare a tassazione redditi da fonti artificialmente delocalizzate all’estero, che - com’era in origine - contrastare il differimento (*deferral*) o la riduzione dell’imposizione sui redditi esteri. Alcune scelte normative paiono coerenti con questo obiettivo, altre meno, rischiando di pregiudicarne l’efficacia. In questo senso, benché in linea con le indicazioni OCSE, pare criticabile l’applicazione della disciplina CFC alle fattispecie di “controllo economico” – *i.e.* partecipazioni agli utili di soggetti CFC – che non implicano il controllo giuridico, *ex art.* 2359 c.c., e, perciò, non consentono al socio di ingerirsi nella gestione del soggetto non residente (e di attuare le pratiche di *profit shifting* che la norma intende contrastare).

Sembra altresì poco coerente, una volta prevista la fattispecie del controllo economico, escludere il controllo solo economico indiretto (art. 167, comma 2, lett. *a*)), specie quando la partecipazione

indiretta agli utili della CFC raggiunge livelli elevati, quando non totalitari: es. socio ha diritto a >50% utili della società A-non CFC, che ha diritto al 100% utili della società B-potenziale CFC. Pare invece coerente l'estensione della disciplina a partecipazioni CFC indirette, cioè detenute tramite controllate non CFC, anche se si complica l'applicazione delle disposizioni per eliminare la doppia imposizione: ad es., l'esenzione degli utili distribuiti (comma 10), che si limita agli utili distribuiti dal soggetto direttamente partecipato. Qui, peraltro, riemerge la logica *anti-deferral*, dato che gli utili prodotti in Paesi a bassa fiscalità sarebbero comunque tassati integralmente in Italia, ma solo una volta percepiti dal socio.

1.2. *Ambito applicativo: Oicr (paragrafo 9); tassazione separata (paragrafo 7).*

Tematica e osservazioni: Pare discutibile l'estensione della disciplina CFC a OICR esteri, peraltro già criticata dal MEF durante l'iter legislativo. Per definizione, questi veicoli difficilmente si prestano alla delocalizzazione/elusione dell'imposizione italiana – specie quelli armonizzati o «vigilati». Fattispecie come quelle considerate a p. 110, di OICR esteri, sfruttati per evitare la percezione diretta di redditi da titoli atipici, emessi da soggetti non residenti ma collocati (i titoli) in Italia, potrebbero essere contrastate con le norme, già previste, in tema di interposizione. La previsione pare giustificata principalmente dalla scelta di “spostare” sul contribuente l'onere dell'accertamento e potrebbe essere censurata in termini di proporzionalità.

Tematica e osservazioni: La Circolare ribadisce, inoltre, la tassazione separata del reddito imputato, e la conseguente segregazione delle perdite della CFC (e del socio), per evitare commistioni fra i risultati economici dell'impresa partecipata estera e quelli del soggetto controllante (conf. Assonime, circolare 65/2000, p. 15). La tassazione separata determina, tuttavia, penalizzazioni contrarie al principio di capacità contributiva, che vorrebbe limitate le ipotesi di tassazione separata (anche) in ambito IRES, e anche irrazionali, non essendo previste per le stabili organizzazioni black-list o per le consolidate, nel consolidato mondiale, né – come chiarisce la Circolare – in caso di incorporazione del soggetto Cfc nel socio residente (p. 102).

Contributi: Occorrerebbe intervenire sia a livello normativo, che interpretativo:

- Normativa: Andrebbero eliminate le disposizioni relative agli OICR, comma 10, art. 167, TUIR e sulla tassazione separata, al comma 8. Andrebbe di conseguenza prevista la tassazione separata, in capo ai soci persone fisiche, dei redditi derivanti dalla cessazione del rapporto partecipativo con la CFC, come indicato *infra*, par. 8.4.
- Interpretativa/Circolare:
 - eliminare le parole: «~~agli Oicr e~~» (p. 19, quarto par.).
 - «*Si evidenzia che, in caso di trasferimento in Italia tramite fusione per incorporazione della CFC nella società controllante residente, il riconoscimento di tali perdite può avvenire solo nel rispetto delle condizioni e nei limiti previsti dall'articolo 172, comma 7, del TUIR. In questo caso, non opera il regime di tassazione separata, con riferimento alle perdite maturate dall'incorporata in costanza di regime Cfc.*» (p. 102).

1.3. *Doppia (plurima) imposizione e concorso di più norme CFC (Priority Rules).*

Tematica: Per un miglior coordinamento tra discipline CFC - funzionale a evitare plurime imposizioni dello stesso reddito CFC presso soggetti diversi, rischio dei gruppi verticali - l'*Action 3 BEPS* (p. 67) suggerisce di applicare la disciplina dello Stato 'più vicino' alla CFC; gli Stati 'più lontani' l'applicheranno solo quando prevedano *tax rate* superiori al primo. La Circolare tiene sì conto delle imposte versate ai sensi di altre discipline CFC, ammettendo così la disapplicazione della normativa italiana in caso il *tax rate* estero, così calcolato, superi la metà di quello italiano. Tuttavia, non ammette in detrazione queste imposte da quella dovuta dal socio. Sicché, se il *tax rate* estero è inferiore - considerando anche le imposte CFC estere - l'Italia tassa nuovamente la porzione di reddito già tassata dallo Stato 'precedente' con disciplina CFC e si produce doppia imposizione.

Osservazioni: In termini di *policy*, e come suggerisce l'Action 3, si dovrebbero accreditare *tutte* le imposte versate all'estero in relazione al reddito della CFC, anche in applicazione di discipline CFC di altri Paesi:

- se il reddito della CFC è già tassato in altro Stato o territorio con *tax rate* superiore, l'Italia non riscuote imposte;
- se il *tax rate* è inferiore, l'Italia riscuote solo la differenza tra il proprio *tax rate* e quello estero.

Andrebbero di conseguenza modificate le indicazioni date al par. 4.1.1, pp. 44-45, e al par. 7.4, p. 97, come indicato di seguito, oppure come indicato *infra*, par. 7.4.

Contributi:

- *«laddove l'entità estera controllata di secondo livello dovesse risultare assoggettata (anche) alla disciplina CFC italiana, le predette imposte che lo Stato di residenza dell'entità estera controllata di primo livello abbia applicato sui redditi della entità controllata di secondo livello per effetto della propria disciplina CFC, non sono invece accreditabili, stante il tenore letterale del comma 9 dell'articolo 167 del TUIR che consente il riconoscimento del credito d'imposta, alle condizioni e nei limiti di cui all'articolo 165 del medesimo TUIR, in relazione alle sole «imposte sui redditi pagate all'estero a titolo definitivo dal soggetto non residente»»* (pp. 44, fondo, e 45).
- *«In tali casi, il tenore letterale del comma 9 dell'articolo 167 del TUIR, in sede di imputazione del reddito della CFC in capo al controllante italiano, non consente di rendere accreditabili anche le imposte assolte sul reddito della CFC dai soggetti controllanti esteri "intermedi" che abbiano a loro volta applicato la tassazione per trasparenza della medesima CFC in base alla propria disciplina interna. Diversa è Nell'ipotesi (...)»* (p. 97).

2. Osservazioni al paragrafo 2.3 della Circolare.

2.1. Soggetti esteri controllati: trust.

Tematica: La Circolare prospetta, poi, l'applicazione della disciplina CFC ai redditi di *trust* trasparenti, localizzati nello Stato X, con beneficiario un soggetto non CFC, residente nello Stato Y, controllato dal socio residente (p. 22, fondo).

Osservazioni: La fattispecie del *trust* trasparente con beneficiario non residente, controllato da un contribuente residente, è sostanzialmente analoga a quella della stabile organizzazione non esente di un soggetto controllato estero, il cui reddito è appunto incluso nell'imponibile di costui. Non sembra dunque necessario un esempio *ad hoc*, che potrebbe ingenerare dubbi circa l'applicabilità della disciplina CFC a fattispecie diverse da quella descritta. Se lo si ritenesse opportuno, si potrebbero inserire specifici riferimenti a questa fattispecie nelle parti della Circolare relative appunto alle stabili organizzazioni non esenti.

Contributi: *«Il requisito del controllo ex articolo 2359 c.c. previsto dalla disciplina CFC non è applicabile rispetto a questi soggetti, mentre per i trust qualificati come trasparenti ai fini dell'ordinamento italiano, è applicabile il requisito della partecipazione agli utili. (...) Conseguentemente la norma in esame troverà applicazione, ad esempio, nel caso di beneficiari non residenti, a loro volta controllati da soggetti residenti o localizzati in Italia»* (p. 22, fondo).

3. Osservazioni al paragrafo 3 della Circolare.

3.1. Partecipazioni indirette: demoltiplicazione.

Tematica: In caso di partecipazioni indirette tramite controllate non CFC, che detengano il controllo solo economico della potenziale CFC, la Circolare propone di verificare il controllo del

socio sulla CFC – non quanto reddito occorra imputare loro – in ragione della demoltiplicazione della catena partecipativa (p. 33).

Es. Socio controlla giuridicamente la società A (60%), che ha diritto all'80% utili di B-potenziale CFC. Non si ha controllo, perché il socio ha diritto solo al 48% utili di B.

Osservazioni: Non è chiara la ragione di questa soluzione: potrebbe giustificarsi in base alla logica *anti-deferral – deferral* che non può in effetti verificarsi in questo esempio, perché A non controlla giuridicamente B – ma sarebbe incoerente rispetto alla previsione del controllo economico in alternativa a quello giuridico; per questo stesso motivo, non è coerente con la (diversa) logica difensiva-*anti-base erosion*, che ispira la disciplina CFC, e non contrasta fenomeni erosivi che possono comunque verificarsi in questi casi. Non è poi coerente con la posizione assunta dalla Circolare nei casi di controllo giuridico, dove le partecipazioni della controllata di primo livello si assumono come totalitarie per verificare il controllo sulla partecipata di secondo livello (cfr. *Action 3*, p. 30).

Contributi: Andrebbe adottato un criterio unitario, in base al quale, nella verifica del controllo sulla partecipata CFC di secondo livello si tiene conto sempre o, in alternativa, non si tiene conto della demoltiplicazione della catena partecipativa.

4. Osservazioni al paragrafo 4 della Circolare.

4.1. Tassazione estera: Single-entity Approach e dividendi.

Tematica: Tra le imposte pagate all'estero, da considerare nell'ETR test, la Circolare non sembra considerare quelle versate da altre partecipate sui redditi conseguiti dalla CFC - es. distribuzioni di utili (pp. 39 e 41, metà).

Es. socio controlla la società A-CFC, il cui reddito è formato da dividendi distribuiti da società sia CFC sia non-CFC; fino ad A, i dividendi hanno comunque scontato - presso le singole consociate - una tassazione congrua rispetto a quella italiana.

Osservazioni: Questa posizione è coerente con l'approccio *single-entity*, per cui la disciplina CFC si applica alle singole persone giuridiche, non al gruppo. Tuttavia, benché se ne tenga conto per la determinazione del reddito imputato, le imposte che hanno complessivamente gravato il reddito (i dividendi) conseguito dalla CFC potrebbero essere considerate già nel calcolo dell'ETR o nella prova dell'esimente, quale indice di attività economica effettiva.

Andrebbe nel caso modificato il paragrafo 4.1, includendo tra le imposte estere, rilevanti ai fini dell'ETR test, quelle scontate presso altri soggetti dai redditi conseguiti dalla CFC. In alternativa, queste imposte potrebbero essere considerate tra le circostanze rilevanti ai fini dell'esimente – come indicato *infra*, par. 6.4.

Contributi:

- «c) sia alle imposte dovute da altri soggetti, parte dello stesso gruppo dell'entità estera controllata e del socio residente, in relazione ai redditi conseguiti dalla CFC. Esemplificando: con riferimento alla controllata A-CFC, il cui reddito sia formato da dividendi distribuiti da consociate sia CFC sia non-CFC, occorre considerare le imposte scontate dai dividendi presso le singole consociate.» (p. 39, dopo la lett. b)).
- «Nell'ipotesi in cui la controllata estera aderisca a una forma di tassazione di gruppo, rilevano esclusivamente le imposte riferibili alla controllata, singolarmente considerata, e quelle riferibili ai redditi da essa conseguiti, dovute da soggetti appartenenti allo stesso gruppo cui appartengono la controllata e il socio residente» (p. 41, metà).
- In alternativa: «Ciò nondimeno, la circostanza che i redditi della controllata estera siano stati tassati in misura congrua, rispetto all'imposizione italiana, può essere valutata quale indizio dell'esercizio di un'attività economica effettiva. A questo fine, si considerano anche le imposte dovute da altri soggetti, parte dello stesso gruppo dell'entità estera

controllata e del socio residente, in relazione ai redditi conseguiti dalla controllata.» (par. 6, p. 83, dopo le parole «fiscale privilegiato»²⁶.)»).

5. Osservazioni al paragrafo 5 della Circolare.

5.1. La rilevanza dei proventi di natura valutativa.

Tematica: In base all'art. 167, comma 4, lett. b), del TUIR, l'applicazione della disciplina CFC è subordinata alla condizione che «*oltre un terzo dei proventi*» realizzati dai soggetti controllati non residenti rientri «*in una o più delle seguenti categorie:*

- 1) *interessi o qualsiasi altro reddito generato da attivi finanziari;*
- 2) *canoni o qualsiasi altro reddito generato da proprietà intellettuale;*
- 3) *dividendi e redditi derivanti dalla cessione di partecipazioni;*
- 4) *redditi da leasing finanziario;*
- 5) *redditi da attività assicurativa, bancaria e altre attività finanziarie;*
- 6) *proventi derivanti da operazioni di compravendita di beni con valore economico aggiunto scarso o nullo, effettuate con soggetti che, direttamente o indirettamente, controllano il soggetto controllato non residente, ne sono controllati o sono controllati dallo stesso soggetto che controlla il soggetto non residente;*
- 7) *proventi derivanti da prestazioni di servizi, con valore economico aggiunto scarso o nullo, effettuate a favore di soggetti che, direttamente o indirettamente, controllano il soggetto controllato non residente, ne sono controllati o sono controllati dallo stesso soggetto che controlla il soggetto non residente; ai fini dell'individuazione dei servizi con valore economico aggiunto scarso o nullo si tiene conto delle indicazioni contenute nel decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi del comma 7 dell'articolo 110».*

Secondo l'Agenzia delle Entrate, poiché «*il test in esame è basato sui valori contabili e deve ispirarsi a criteri di semplificazione*», assumono «*rilevanza anche i proventi di natura valutativa imputati a conto economico, derivanti sia dalle attività c.d. "passive", sia dalle altre attività*» (p. 69). Ai fini del *passive income test*, rileverebbero, pertanto, anche i proventi (lordi) da valutazione che risultano dal conto economico della controllata estera, inclusi quelli imputati direttamente a patrimonio netto per effetto dell'applicazione dei principi contabili internazionali, purché fiscalmente rilevanti.

Secondo l'Agenzia delle Entrate, tale conclusione non sarebbe smentita dal fatto che il legislatore tributario, nel Decreto n. 142 del 2018, abbia utilizzato una locuzione (*i.e.* «proventi realizzati», generalmente intesa come non comprensiva di proventi meramente valutativi) diversa rispetto a quella precedente rinvenibile nel previgente art. 167 del TUIR (*i.e.* «proventi conseguiti»), in quanto nella Relazione illustrativa al Decreto n. 142 del 2018 tale ultima espressione viene utilizzata per chiarire la portata della prima, quale condizione di accesso alla novellata disciplina CFC.

Osservazioni: Se la soluzione dell'Agenzia delle Entrate può giustificarsi in un'ottica di semplificazione, va tuttavia evidenziato come nella Direttiva ATAD l'impiego dell'espressione «redditi non distribuiti» avesse proprio come obiettivo quello di intercettare i soli redditi realizzati, ovvero quei redditi che - in quanto tali - costituiscono possibili oggetto di distribuzione e di escludere - di converso - i proventi non distribuibili, quali quelli meramente valutativi.

Per tenere conto di tale indicazione e della finalità anti-postergazione della tassazione propria della disciplina CFC, ci sembra, quindi, preferibile dare rilevanza, ai fini del *passive income test*, ai soli proventi da valutazione che non siano confluiti in riserve soggette a vincoli di distribuzione.

Del resto, l'asserita rilevanza dei proventi di natura valutativa risulta poco sostenibile nel caso di investimenti della controllata estera in titoli azionari. Infatti, poiché nell'elenco dell'art. 167, comma 4, lett. b), del TUIR, in conformità a quanto previsto dalla Direttiva ATAD, si fa specifico riferimento (al n. 3) ai «*dividendi e redditi derivanti dalla cessione di partecipazioni*», sarebbe molto difficile sostenere la rilevanza di eventuali componenti positivi di conto economico della

controllata estera che derivino da plusvalori non realizzati su partecipazioni, salvo che non siano annoverabili fra i «redditi da attività assicurativa, bancaria e altre attività finanziarie» (n. 5).

Ci sembra, pertanto, che l'esigenza di semplificazione, richiamata nella Circolare a giustificazione dell'asserita rilevanza dei proventi di natura valutativa, non possa che considerarsi come recessiva rispetto all'esigenza di garantire un'interpretazione dell'art. 167 del TUIR coerente da punto di vista sistematico e in linea con le indicazioni sovranazionali.

Contributi: «Assumono, pertanto, rilevanza anche i proventi di natura valutativa imputati a conto economico, derivanti sia dalle attività c.d. "passive", sia dalle altre attività, **ad esclusione di quelli che siano confluiti in riserve soggette a vincoli di distribuzione**» (p. 69).

5.2. I proventi intercompany a basso valore aggiunto.

Tematica: Con particolare riferimento alle categorie di proventi di cui ai nn. 6 e 7 dell'art. 167, comma 4, lett. b), del TUIR, ovvero i proventi *intercompany* a basso valore aggiunto, l'Agenzia delle Entrate, al par. 5.2 della Circolare, afferma che:

- (i) «ai fini del test rilevano sia i proventi dell'entità estera controllata derivanti dalla rivendita a terzi indipendenti di beni acquistati da imprese associate, sia quelli derivanti dalla rivendita a imprese associate di beni dalla stessa acquistati da terzi indipendenti; d'altra parte, in entrambi i casi, l'entità estera realizza proventi derivanti da operazioni di "compravendita" attuate con soggetti del gruppo (nel primo caso, acquisti, nel secondo caso, vendite), che le norme interne e unionali hanno ritenuto, unitamente alle altre condizioni previste dalla disciplina CFC, come suscettibili di generare rischi di erosione di base imponente» (pp. 74-75);
- (ii) le prestazioni di servizi «rilevano sia nel caso in cui il servizio reso, anche a terzi, dalla controllata estera è da questa acquisito presso un'impresa associata, sia nel caso in cui è la controllata estera a rendere il servizio (anche se acquisito da terzi e indipendentemente dal fatto che questi ultimi appartengano o meno al gruppo) nei confronti di altra impresa associata» (p. 75).

L'Agenzia delle Entrate, quindi, interpreta in modo estensivo le categorie di cui ai nn. 6 e 7, ritenendo rilevanti, ai fini del computo dei proventi *intercompany passive*, non solo le operazioni infragruppo, di cessione e acquisto di beni e di prestazione di servizi a favore di consociate, ma anche tutte le operazioni di *trading* consistenti nella rivendita a soggetti terzi di beni ceduti da società del gruppo, nonché nella rivendita alle consociate di beni acquistati presso terzi, nonché le prestazioni di servizi rese a favore di terzi indipendenti.

Osservazioni: L'interpretazione prospettata nella Circolare non ci sembra condivisibile, sulla scorta di diverse ragioni.

Innanzitutto, la lettera dell'art. 167, comma 4, lett. b), n. 6, del TUIR, nell'annoverare fra le operazioni potenzialmente generatrici di *passive income* solamente la «compravendita di beni» effettuata «con soggetti» appartenenti al medesimo gruppo, non sembra ricomprendere anche le operazioni di rivendita che coinvolgono soggetti terzi indipendenti. Secondo la Relazione illustrativa al Decreto n. 142 del 2018, infatti, la formulazione della disposizione in esame è dettata esclusivamente dall'esigenza «di allineare il testo alla previsione dell'articolo 7, paragrafo 2, lettera a), della Direttiva e chiarire che rientrano tra i 'passive income' non solo le cessioni ma anche gli acquisti di beni (numero 6)». L'utilizzo del termine "compravendita" è, cioè, funzionale a qualificare come rilevanti tanto le cessioni quanto gli acquisti (sotto un profilo oggettivo), non ad ampliare (sotto un profilo soggettivo) il novero delle operazioni rilevanti, ricomprendendo anche operazioni ulteriori a quelle di «compravendita di beni con valore economico aggiunto scarso o nullo, effettuate con soggetti» appartenenti al gruppo, come chiaramente indica la lettera dell'art. 167, comma 4, lett. b), n. 6, del TUIR.

La categoria di proventi rilevanti va, pertanto, circoscritta a quelli imputabili alle sole società di *trading* che operano infragruppo, sia in sede di acquisto che in sede di vendita.

Ne consegue che, ad esempio, le attività di c.d. “*procurement*”, svolte dalle società che operano quali “centrali-acquisto”, acquistando da terzi con obbligo di rivendita all’interno del gruppo, non rilevano ai fini del *passive income test*, a prescindere dal loro basso valore aggiunto.

Con riferimento alle prestazioni di servizi, l’art. 167, comma 4, lett. b), n. 7, del TUIR, è ancor più univoco nell’individuare i proventi *intercompany* a basso valore aggiunto, rilevanti ai fini del *test* in discorso, solamente in quelli derivanti da prestazioni «*effettuate a favore di soggetti che, direttamente o indirettamente, controllano il soggetto controllato non residente, ne sono controllati o sono controllati dallo stesso soggetto che controlla il soggetto non residente*». Appare chiaro come la disposizione abbia inteso dare rilevanza ai soli servizi che costituiscono il “ribaltamento” dei medesimi servizi prestati da altri soggetti appartenenti al medesimo gruppo. Appare, pertanto, una forzatura del dettato normativo e un travisamento della *ratio* della disposizione affermare che le prestazioni di servizi rilevarebbero anche nei casi in cui esse siano rese a soggetti esterni al gruppo.

L’Agenzia delle Entrate fonda la sua interpretazione estensiva delle categorie nn. 6 e 7 sulla *ratio* della disciplina CFC, asseritamente finalizzata a prevenire i «*rischi di erosione di base imponibile*» (p. 75), come emergerebbe dalla lettura della Direttiva ATAD e del progresso *Final Report* dell’*Action 3* del Progetto BEPS.

Si tratta, tuttavia, di una giustificazione che non convince, proprio sulla scorta dei riferimenti di fonte sovranazionale richiamati nella stessa Circolare.

Si rileva, infatti, che la Direttiva ATAD considera *passive income* soltanto i «*redditi da società di fatturazione che percepiscono redditi da vendite e servizi derivanti da beni e servizi acquistati da e venduti a imprese associate, e aggiungono un valore economico scarso o nullo*» (art. 7, par. 2, lett. a), punto vi) della Direttiva ATAD; enfasi aggiunta) e non include affatto le operazioni di compravendita e prestazione di servizi realizzate con soggetti terzi indipendenti. Tale disposizione consente, cioè, di computare fra i proventi *intercompany passive* solo quelli derivanti da operazioni interne al gruppo, sia in entrata sia in uscita, ovvero i ricavi che la controllata estera ritrae dalla vendita di beni e servizi a società del gruppo relativamente a beni e servizi acquistati da altre società del gruppo.

Non è, infatti, sostenibile – come necessariamente deve presupporre l’Agenzia delle Entrate per difendere la sua tesi – che la congiunzione «e» sia stata utilizzata nella Direttiva ATAD nell’opposto senso disgiuntivo, al fine di ampliare la portata della disciplina CFC.

Ne consegue che un approccio interpretativo coerente alla disciplina sovranazionale dovrebbe condurre a ritenere rilevanti, ai fini del computo dei proventi *intercompany passive*, solo i proventi derivanti da operazioni interne al gruppo, sia in entrata sia in uscita. Dovrebbero, cioè, essere considerate potenzialmente interessate all’applicazione della normativa CFC le sole attività di *trading* relative ai soli rapporti *intercompany*, sia in sede di acquisto sia in sede di rivendita, escludendo dall’applicazione dell’art. 167, comma 4, lett. b), del TUIR, le operazioni che coinvolgono soggetti terzi indipendenti.

Non dovrebbero, quindi, essere interessate dalla disciplina in esame quelle società che, in fase di approvvigionamento, acquistano sul mercato beni da soggetti terzi per poi rivenderli a soggetti del gruppo cui appartengono, o che effettuano cessioni solamente nei confronti di terzi.

A questa conclusione era – peraltro – giunta la stessa Agenzia delle Entrate, nella risposta resa nel 2020 ad un interpello (non pubblicato, ma commentato in *La gestione straordinaria delle imprese*, n. 6/2020), in cui sosteneva che, ai fini del *passive income test*, rilevano solo le operazioni che, sia nella fase di acquisto/ricezione dei beni, sia nella successiva fase di cessione/fornitura, si rivolgono a soggetti appartenenti allo stesso gruppo, escludendo la rilevanza di quelle operazioni che coinvolgono una società del gruppo in una sola delle due fasi, ossia l’acquisto o la vendita.

Va osservato inoltre che il rischio paventato nella Circolare relativo all’erosione della base imponibile del soggetto residente ai fini fiscali in Italia, attuata attraverso compravendite con soggetti esterni al gruppo e mediante il trasferimento di parte della base imponibile in Paesi a bassa fiscalità, potrebbe essere efficacemente fronteggiato con strumenti (diversi dalla normativa

CFC) a disposizione dell'Amministrazione finanziaria, come – ad esempio - la disciplina in materia di prezzi di trasferimento.

Infine, la conclusione che nel computo dei *passive income* debbano ricomprendersi solo i proventi derivanti da operazioni interne al gruppo trova conferma nel *Final Report* dell'Action 3 del Progetto BEPS, che, nel giustificare l'applicazione della disciplina CFC alle società c.d. "cartiere", al par. 78 afferma che «(i)nvoicing companies raise concerns because they earn sales and services income for goods and services that they have purchased from related parties and to which they have added little or no value». Da tale passaggio, riprodotto – peraltro – nella Circolare a pag. 74, nella nota n. 23, si evince chiaramente come la fattispecie considerata come meritevole dell'applicazione della disciplina a *ratio* anti-elusiva sia solo quella delle società che ritraggono redditi da beni e servizi che hanno acquistato dalle consociate ed ai quali aggiungono un valore economico scarso o nullo.

Contributi: *«Pertanto, anche alla luce della predetta ratio, ai fini del test rilevano sia i proventi dell'entità estera controllata derivanti dalla rivendita a terzi indipendenti di beni acquistati da imprese associate, sia quelli derivanti dalla rivendita a imprese associate di beni dalla stessa acquistati da terzi indipendenti; d'altra parte, in entrambi i casi, l'entità estera realizza proventi derivanti da operazioni di "compravendita" attuate con soggetti del gruppo (nel primo caso, acquisti, nel secondo caso, vendite), che le norme interne e unionali hanno ritenuto, unitamente alle altre condizioni previste dalla disciplina CFC, come suscettibili di generare rischi di erosione di base imponibile. A maggior ragione, ai fini del test rilevano anche solamente le operazioni di compravendita che l'entità estera realizza sia dal lato passivo che dal lato attivo con controparti del medesimo gruppo di appartenenza.*

Tale impostazione, per coerenza, vale anche nel caso delle prestazioni di servizi, che rilevano sia nel caso in cui il servizio reso, anche a terzi, dalla controllata estera è da questa acquisito presso un'impresa associata, sia nel caso in cui è la controllata estera a rendere il servizio (anche se acquisito da terzi e indipendentemente dal fatto che questi ultimi appartengano o meno al gruppo) nei confronti di altra impresa associata» (pp. 74-75).

5.3. Il riferimento ai servizi "a basso valore aggiunto".

Tematica: Con riferimento al concetto di «valore economico aggiunto scarso o nullo», nella Circolare l'Agenzia delle Entrate si riporta al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze del 14 maggio 2018, emanato ai sensi dell'art. 110, comma 7, del TUIR, in materia di *transfer pricing* per i servizi a "basso valore aggiunto" (il "**Decreto del 14 maggio 2018**") (p. 76).

Osservazioni: Nel riferirsi alle caratteristiche dei servizi che il Decreto del 14 maggio 2018 qualifica come a "basso valore aggiunto" (ex art. 7, comma 2), sarebbe opportuno specificare che tali caratteristiche devono ricorrere congiuntamente e non in via alternativa.

In linea con l'interpretazione dell'art. 167, comma 4, lett. b), n. 7, del TUIR, sopra suggerita, volta a circoscrivere il *test* in discorso ai proventi derivanti da prestazioni di servizi effettuate a favore dei soli soggetti consociati, dovrebbe essere recepita nella Circolare anche la disposizione recata dall'art. 7, comma 3, del Decreto del 14 maggio 2018, secondo cui «(n)on si considerano in ogni caso a basso valore aggiunto quei servizi che il gruppo multinazionale presta a soggetti indipendenti».

Contributi: Si propone di modificare la Circolare nel seguente modo: «sono considerati a "basso valore aggiunto" quei servizi che **congiuntamente**:

(...)

Non si considerano in ogni caso a basso valore aggiunto quei servizi che il gruppo multinazionale presta a soggetti indipendenti» (p. 76).

5.4. *Il riferimento alle Linee Guida OCSE sui prezzi di trasferimento.*

Tematica: Secondo l’Agenzia delle Entrate, per verificare il «*valore economico aggiunto scarso o nullo*» delle cessioni o delle prestazioni infragruppo, oltre al Decreto del 14 maggio 2018, «*si può far riferimento anche alle Linee Guida OCSE sui prezzi di trasferimento*» (p. 76), attesa la sostanziale convergenza dei due testi regolamentari.

Osservazioni: Nella Circolare – opportunamente - si ricorda che l’OCSE non considera tra i servizi a basso valore aggiunto, le attività di “vendita, *marketing* e distribuzione”.

Alla luce di tale indicazione, sarebbe utile specificare che le attività distributive delle società controllate estere, che vendono cioè a terzi i prodotti acquistati infragruppo, non generano proventi computabili ai fini dell’applicazione dell’art. 167, comma 4, lettera b) del TUIR.

Allo stesso modo, in linea con le indicazioni dell’OCSE sui servizi a basso valore aggiunto (cfr. OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administration*, 2017, par. 7.47), non dovrebbero rilevare ai fini del *test* in discorso le transazioni finanziarie, le attività di trasformazione delle materie prime acquistate, né i “servizi di produzione”, compresi i servizi di lavorazione svolti a favore delle società del gruppo, essendo – tipicamente - tali attività a valore aggiunto significativo.

Tali indicazioni risultano coerenti con la finalità della disciplina della Direttiva ATAD, volta ad individuare, nella più ampia gamma di servizi forniti dalla controllata estera, quelli per cui in loco non viene aggiunto un valore basso (o addirittura nullo), al punto da poter qualificare la controllata come una «*società di fatturazione*» (art. 7, par. 2, lett. a), punto vi) della Direttiva ATAD).

Contributi: Si propone di modificare la Circolare nel seguente modo: «*Le indicazioni contenute nel decreto 14 maggio 2018, così come quelle delle Linee Guida OCSE, fanno riferimento a servizi che normalmente non presuppongono una contribuzione significativa. Pertanto, non si ritengono a basso valore aggiunto, ad esempio, le attività distributive rivolte a terzi indipendenti di prodotti acquistati infragruppo, le attività di trasformazione delle materie prime acquistate, i servizi di produzione e i servizi di lavorazione svolti a favore delle società del gruppo*» (p. 77).

6. **Osservazioni al paragrafo 6 della Circolare.**

6.1. *La ricorrenza di personale, attrezzature, attivi e locali.*

Tematica: In base all’art. 167, comma 5, del TUIR, l’applicazione della disciplina CFC è esclusa «*se il soggetto di cui al comma 1 dimostra che il soggetto controllato non residente svolge un’attività economica effettiva, mediante l’impiego di personale, attrezzature, attivi e locali*».

L’Agenzia delle Entrate, pur riconoscendo all’esimente in discorso una “*portata più ampia*” della precedente esimente di cui alla lettera a) del previgente comma 5 dell’art. 167 del TUIR, sostiene nella Circolare come «*il legislatore nazionale, in linea con quello europeo, richieda comunque che l’attività sia «sostenuta da personale, attrezzature, attivi e locali»*» (p. 79).

Osservazioni: Recependo quanto emerso in sede di esame dello schema del Decreto n. 142/2018, appare opportuno specificare che, ai fini dell’applicazione dell’esimente, non è necessaria la compresenza di tutti gli elementi menzionati dalla norma in via esemplificativa, vale a dire il “personale”, le “attrezzature”, gli “attivi” e i “locali”. Si legge, infatti, nel Parere della VI Commissione (Finanze e Tesoro) del Senato sull’atto del Governo n. 42, «*valuti il Governo (...) l’opportunità di modificare la disciplina della esimente specificando che non è necessaria, ai fini della sua applicabilità, la presenza di tutti gli elementi indicati nella norma, ben potendo verificarsi per talune tipologie di attività la possibilità di essere svolte, ad esempio, senza l’impiego di personale o di particolari attrezzature*» (resoconto sommario del 30 ottobre 2018, n. 40).

Contributi: Si propone di modificare la Circolare nel seguente modo: «*preme rilevare come il legislatore nazionale, in linea con quello europeo, richieda comunque che l’attività sia*

«sostenuta – ad esempio - da personale, attrezzature, attivi e locali»: il soggetto controllante residente può invocare l'esimente in discorso dimostrando che uno o più di questi elementi ricorrono nel caso concreto» (p. 79).

6.2. L'effettività dell'esercizio dell'attività economica.

Tematica: Secondo l'Agenzia delle Entrate, l'esimente in discorso postulerebbe la dimostrazione che la «struttura che presenti una consistenza economica adeguata all'attività svolta (...). La necessità che la struttura presenti una consistenza economica adeguata all'attività svolta vale anche per quelle entità che non svolgono un'attività propriamente commerciale, alle quali è comunque richiesta una presenza adeguata alle funzioni poste in essere» (pp. 79-80; enfasi aggiunta). Il requisito dell'«effettività» dell'attività economica viene, quindi, declinato in quello dell'«adeguatezza».

L'Agenzia delle Entrate aggiunge, poi, che «una società estera controllata risulta da assoggettare a tassazione qualora questa non sia in grado di svolgere autonomamente le attività che generano i propri profitti» (p. 80), interpretando stavolta l'attributo «effettiva» come sinonimo di «autosufficiente nel generare profitti».

Osservazioni: Entrambe le opzioni interpretative prospettate nella Circolare non appaiono condivisibili.

In primo luogo, l'«effettività» dell'esercizio dell'attività economica oggetto della prova richiesta dal legislatore ha la finalità di scongiurare che la controllata non residente si riveli una «costruzione di puro artificio», non tanto quello di verificare se la sua struttura imprenditoriale sia idonea allo svolgimento dell'attività d'impresa.

Si ricorda, infatti, che l'espressione «attività economica effettiva» è stata mutuata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, che nella sentenza *Cadbury Schweppes* del 12 settembre 2006 (causa C-196/04), con affermazioni riprese anche successivamente (cfr., *ex multis*, sentenza 13 marzo 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, causa C-524/04), aveva affermato la compatibilità delle discipline nazionali CFC con l'esercizio della libertà di stabilimento garantita a livello pattizio solo nell'ipotesi in cui le stesse trovassero applicazione limitatamente alle «costruzioni di puro artificio destinate a eludere l'imposta nazionale normalmente dovuta». Per contro, ad avviso della Corte UE, la disciplina CFC non potrebbe trovare applicazione laddove «da elementi oggettivi e verificabili da parte di terzi risulti che, pur in presenza di motivazioni di natura fiscale, la SEC (società estera controllata) è realmente impiantata nello Stato di stabilimento e ivi esercita attività economiche effettive» (causa C-196/04, par. 75; enfasi aggiunta).

Stante la portata semantica ampia della locuzione «attività economica» (rispetto all'«attività industriale o commerciale» cui faceva riferimento il previgente art. 167, comma 5, del TUIR) e in considerazione del fatto che l'effetto della disciplina CFC è di attrarre a tassazione in Italia per trasparenza il reddito complessivo della controllata estera (e non soltanto i *passive income*), qualora i proventi *passive* rappresentino una quota significativa (comunque superiore ad un terzo) dei ricavi complessivi, mentre i proventi residui derivino dall'esercizio di un'effettiva attività commerciale, si dovrebbe precisare che l'esimente in discorso può essere comunque soddisfatta, dimostrando che la controllata estera svolge un'attività economica effettiva, non potendosi escludere a priori la legittima esistenza di *holding* statiche, società finanziarie o *licencing company*, che tipicamente per operare sul mercato non necessitano di particolari dotazioni di personale e dispongono di attrezzature e mezzi limitati.

Tale precisazione sarebbe in linea con quanto affermato dalla stessa Agenzia delle Entrate a proposito del legittimo esercizio del diritto di stabilimento da parte di una *holding* che si limitava a detenere delle partecipazioni in altri enti - tra l'altro, immobiliari - e non disponeva di una vera e propria azienda funzionale all'esercizio di un'attività commerciale (cfr. ris. 5 agosto 2016, n. 69/E).

E sarebbe, altresì, in linea con il principio di diritto affermato dalla Corte di Cassazione, secondo cui la presenza di una struttura organizzativa «leggera» può costituire un indice di fittizietà e di

mancanza di reale sostanza economica solo in relazione ad una società operativa e non, invece, con riferimento ad una *holding* passiva (sentenze del 28 dicembre 2016, nn. 27112 e 27113).

In secondo luogo, un'attività economica «effettiva» può non essere necessariamente “profittevole”, o può generare utili solo attraverso l'apporto integrato delle altre società del gruppo.

Si rivelano, quindi, fuorvianti le citate precisazioni contenute nella Circolare e, alla luce della nuova formulazione dell'esimente in discorso, centrata sulla sola effettività dell'attività svolta, si rivelano non applicabili alla nuova disciplina gli indici individuati nella circolare del 6 ottobre 2010, n. 51/E (richiamati nella Circolare, a p. 80) e nella circolare del 26 maggio 2011, n. 23/E, finalizzati alla dimostrazione dell'idoneità della struttura estera allo svolgimento dell'attività, nonché all'autonomia gestionale della controllata estera.

Contributi: *«ossia da una struttura che presenti una consistenza economica adeguata all'attività svolta. (...) La necessità che la struttura presenti una consistenza economica adeguata all'attività svolta vale anche per quelle entità che non svolgono un'attività propriamente commerciale, alle quali è comunque richiesta una presenza adeguata alle funzioni poste in essere.*

Ci si riferisce, in particolare, a quelle attività che non necessitano di una struttura organizzativa particolarmente complessa, come le holding o le società che gestiscono attivi immobilizzati senza svolgere alcuna attività di stampo industriale o commerciale.

In relazione a tali soggetti, l'esimente non può essere riconosciuta in presenza di una struttura organizzativa priva di effettiva attività e di una reale consistenza (ad esempio, laddove il personale, i locali e le attrezzature risultino messi a disposizione da società domiciliatarie attraverso contratti di management service) e, in concreto, senza autonomia decisionale se non dal punto di vista formale.

In tal senso, una società estera controllata risulta da assoggettare a tassazione qualora questa non sia in grado di svolgere autonomamente le attività che generano i propri profitti.

Per le entità estere svolgenti tali attività, non è preclusa la dimostrazione della circostanza esimente, ma si ritiene che la prova dello svolgimento di attività economica effettiva possa essere resa dal soggetto controllante residente facendo riferimento a determinati indici, già individuati dalla circolare n. 51/E del 2010 in relazione alla previgente disciplina CFC con riferimento alle attività c.d. immateriali» (pp. 79-80).

«Al riguardo, si evidenzia che l'attuale circostanza esimente, riflettendo l'evoluzione della giurisprudenza europea, ha sviluppato la nozione di “costruzione artificiosa”, richiedendo che l'entità estera risponda a un insediamento reale che abbia per oggetto l'espletamento di attività economiche effettive e che sia dotata, ad esempio, di una struttura idonea e effettiva in termini di personale, attrezzature, attivi e locali. Tale circostanza esimente deve essere valutata con particolare prudenza con riferimento a quei soggetti, quali ad esempio le holding statiche, le società finanziarie e le licencing company, che tipicamente svolgono un'attività economica effettiva sul mercato senza necessitare di particolari dotazioni di personale e disponendo di attrezzature e mezzi limitati» (p. 81).

6.3. Il riferimento alla complessiva attività economica della CFC.

Tematica: Secondo l'Agenzia delle Entrate, «(p)er quanto attiene alla prova della sussistenza degli elementi in base ai quali si può dimostrare l'esercizio di un'attività economica effettiva (personale, attrezzature, attivi e locali), il livello di presenza di tali elementi deve essere valutato in ragione della natura dell'attività e delle funzioni svolte dall'entità estera. Quanto appena precisato vale anche qualora l'entità controllata estera svolga sia attività c.d. “passive” sia altre attività» (p. 81).

E ancora: «in merito alle stabili organizzazioni di soggetti non residenti, preme rilevare che, coerentemente con quanto precisato in ordine al tax rate test e al passive income test, la dimostrazione della nuova esimente deve essere resa con riferimento all'intera attività della CFC se la stabile organizzazione viene tassata nello Stato di residenza» (p. 82).

Osservazioni: Sarebbe opportuno precisare che, nel caso in cui la società estera svolga sia attività dalle quali siano ritraibili *passive income* sia attività generatrici di *active income*, l'onere della prova deve riguardare l'attività complessivamente considerata, senza necessità per il soggetto controllante di dimostrare la sussistenza dell'esimente con riguardo a ciascuna delle attività considerate.

Il riferimento all'attività economica svolta dal soggetto estero nel suo complesso è, infatti, presente anche nella Direttiva ATAD, laddove si precisa che, «(a) *l'fine di rispettare le libertà fondamentali, le categorie di reddito dovrebbero essere combinate con un'esclusione basata sulla sostanza economica intesa a limitare, all'interno dell'Unione, l'impatto delle norme ai casi in cui la società controllata estera non svolge un'attività economica sostanziale*» (Direttiva ATAD, Considerando n. 12).

Contributi: «*Quanto appena precisato vale anche qualora l'entità controllata estera svolga sia attività c.d. "passive" sia altre attività. Anche in tale ipotesi, pertanto, l'onere della prova deve riguardare l'attività complessivamente esercitata dall'entità controllata estera, senza necessità per il soggetto controllante di dimostrare la sussistenza dell'esimente con riguardo a ciascuna delle attività considerate*» (p. 81).

6.4. Tassazione effettiva estera.

Tematica: La Circolare non considera, riguardo alla prova dell'esimente, la congrua tassazione estera dei redditi conseguiti dalla CFC.

Osservazioni: Benché in linea con la scelta normativa, che considera la tassazione estera tra i requisiti applicativi della disciplina CFC, questa interpretazione impone al socio adempimenti che si potrebbero evitare. Il socio è infatti costretto a ricalcolare il reddito imponibile della CFC, da cui dovrebbe comunque escludere i dividendi già soggetti a una congrua tassazione – anche presso altri soggetti. In un'ottica di semplificazione, si potrebbero quindi considerare le imposte estere sui dividendi già in sede di ETR test, o in sede di disapplicazione della disciplina CFC, secondo le indicazioni fornite al precedente par. 4.1.

Es. socio controlla la società A-CFC, il cui reddito è formato da dividendi distribuiti da società sia CFC sia non-CFC; fino ad A, i dividendi hanno comunque scontato – presso le singole consociate - una tassazione congrua rispetto a quella italiana.

Contributi: Si veda il precedente par. 4.1.

7. Osservazioni al paragrafo 7 della Circolare.

7.1. Determinazione dei valori fiscali di una entità estera considerata CFC dal 1° gennaio 2019.

Tematica: Con riguardo al tema della determinazione dei valori fiscali della CFC, la Circolare afferma che «*Se una controllata estera è considerata CFC a partire dal 1° gennaio 2019, si utilizzeranno i valori del bilancio d'esercizio chiuso al 31 dicembre 2018*».

Osservazioni: A tal proposito, appare opportuno non limitare il riferimento ai «*valori del bilancio*», considerato che è ragionevole che nel bilancio estero non confluiscono i valori delle singole attività e passività. Non è, infatti, sufficiente conoscere il valore complessivo delle attività e passività, essendo il reddito della CFC da imputare per trasparenza influenzato anche dalla composizione dei valori totali (per esempio, per effetto delle diverse aliquote di ammortamento applicabili alle varie categorie di immobilizzazioni). È preferibile, pertanto, riferirsi ai «*valori contabili confluiti nel bilancio*» (analogo correttivo merita di essere apportato nel prosieguo della Circolare).

Contributi: «La disposizione, in sostanza, detta i criteri per individuare i valori fiscali del primo esercizio di applicazione della norma antielusiva in esame. Se una controllata estera è considerata CFC a partire dal 1° gennaio 2019, si utilizzeranno i **valori contabili confluiti nel bilancio chiuso al 31 dicembre 2018**. Diversamente, per le società estere che sono già considerate CFC e tassate per trasparenza in base alla normativa in vigore fino al periodo di imposta 2018, saranno utilizzati i **valori adottati ai fini della dichiarazione dei redditi precedente**, poiché prevale il principio di continuità rispetto al precedente regime. (...). Resta comunque ammessa, per esigenze di semplificazione, la possibilità di avviare detto “monitoraggio” soltanto a partire dal periodo d’imposta in cui la normativa CFC, in relazione alla specifica entità estera, trova concreta applicazione. In tale ultimo caso, come chiarito nella citata circolare n. 23/E, tanto ai fini dell’ETR test quanto ai fini della determinazione del reddito della CFC da imputare per trasparenza), vanno assunti quali valori di partenza fiscali quelli **confluiti nel bilancio o rendiconto relativo all’esercizio precedente** e non si potrà tener conto di eventuali perdite (virtuali) relative ad esercizi precedenti» (par. 7.1).

7.2. Determinazione dei valori fiscali di una entità estera già considerata CFC in base alla normativa in vigore fino al periodo d’imposta 2018.

Tematica: La Circolare prosegue evidenziando che: «Diversamente, per le società estere che sono già considerate CFC e tassate per trasparenza in base alla normativa in vigore fino al periodo di imposta 2018, saranno utilizzati i valori già presenti in dichiarazione dei redditi, poiché prevale il principio di continuità rispetto al precedente regime».

Osservazioni: Anche in questo caso, il riferimento ai «valori già presenti in dichiarazione dei redditi» potrebbe esser fuorviante, considerato che nella dichiarazione dei redditi non confluiscono i valori di tutte le singole attività e passività della CFC. È perciò maggiormente opportuno riferirsi ai «valori adottati ai fini della dichiarazione dei redditi precedente» o ai «valori adottati ai fini delle dichiarazioni dei redditi precedenti».

7.3. CFC qualificabili come “micro-imprese” e inapplicabilità del principio di derivazione rafforzata.

Tematica: La Circolare affronta l’ipotesi in cui la CFC applichi i principi contabili internazionali, ma non quella in cui la CFC sia assimilabile ad una micro-impresa di cui all’art. 2435-ter del codice civile.

Osservazioni: Si potrebbe chiarire che, coerentemente con l’art. 83 del TUIR, per le CFC che rispettano le condizioni poste dall’art. 2435-ter del Codice civile non troverà applicazione il meccanismo di “derivazione rafforzata”.

Contributi: «Viceversa, quando il bilancio di esercizio della controllata estera è redatto secondo principi contabili diversi dai precedenti, il reddito della società controllata imponibile in Italia va determinato secondo le disposizioni fiscali italiane. In entrambi i casi, ovviamente, si prescinde dalla qualifica del socio residente, ossia dalla circostanza che quest’ultimo, ai sensi delle disposizioni italiane, sia un soggetto IAS/IFRS adopter oppure no (cfr. circolare n. 23/E del 2011, par. 2.5). **Coerentemente con quanto stabilito dall’art. 83 del TUIR, qualora la CFC rispetti le condizioni poste dall’art. 2435-ter del codice civile, non troverà applicazione il meccanismo di “derivazione rafforzata”**» (par. 7.1).

7.4. Eliminazione della doppia imposizione. Credito per imposte estere: imposte CFC.

Tematica: Per quel che riguarda la determinazione del reddito della CFC, la Circolare esclude la possibilità di beneficiare del credito per le imposte estere con riferimento alle imposte pagate da eventuali società “intermedie” residenti in Paesi che applicano la normativa CFC. Ci si riferisce,

dunque, al caso in cui una società italiana partecipa una CFC attraverso una *sub holding* localizzata in un Paese che applica la normativa CFC rispetto alla stessa CFC (pp. 44-45 e 97).

Osservazioni: La necessità di introdurre specifiche previsioni che contrastino forme di doppia imposizione viene rilevata anche nel capitolo 7 dell'*Action Plan 3*, in cui si richiama anche l'ipotesi di applicazione della normativa CFC in Paesi diversi. La soluzione suggerita dell'*Action plan 3* (par. 7.2.2) è quella di introdurre regole che conducano la capogruppo ad applicare la normativa CFC in via secondaria rispetto alla società "intermedia" o di riconoscere un credito per le imposte pagate nel Paese "intermedio" sui redditi della CFC.

Pertanto – non potendosi, sulla base della normativa vigente, invocare la disapplicazione *in toto* della normativa CFC per effetto dell'avvenuta applicazione di detta normativa in un Paese "intermedio" – pare ragionevole ritenere che in Italia venga riconosciuto il credito per le imposte assolute all'estero, anche nei Paesi "intermedi", sui redditi della CFC.

Si tratta di una soluzione che, oltre ad essere coerente con gli obiettivi della normativa in argomento, è compatibile con l'art. 165 del TUIR, che, al comma primo, fa genericamente riferimento alle imposte pagate «*all'estero*», consentendo così di argomentare che anche le imposte pagate in Paesi esteri diversi da quello (sempre estero) di produzione del reddito possano dare diritto al credito d'imposta. E lo stesso dicasi per l'art. 167, che ai commi 9 e 10, richiama le «*imposte pagate all'estero*».

A ciò si aggiunga che anche il quinto considerato della Direttiva ATAD sottolinea che, qualora l'applicazione delle norme ivi previste (compresa quella in materia di CFC) dia luogo a una doppia imposizione, «*i contribuenti dovrebbero beneficiare di uno sgravio tramite una detrazione dell'imposta versata in un altro Stato membro o in un paese terzo, a seconda del caso*».

Inoltre, la posizione della Circolare pare incoerente rispetto all'interpretazione a p. 98, secondo cui le imposte versate da soci intermedi rispetto alle proprie stabili organizzazioni esenti, trattate come CFC dall'Italia, sono invece detraibili.

Es. socio controlla società A-non CFC, residente in X, Stato ad alta fiscalità; A controlla l'entità B-CFC, il cui reddito è già tassato presso A, per effetto della disciplina CFC del Paese X. Le imposte CFC versate da A sono considerate indetraibili dalla circolare.

Se, in luogo di B, vi fosse una SO esente di A, le imposte versate a X – per effetto di norme CFC - sarebbero detraibili per il socio (p. 98, secondo par.). La differenza - però irrilevante a questi fini - è che, nel caso della SO, le imposte versate da A sono considerate dalla Circolare come versate dalla stessa SO.

In termini di *policy*, si dovrebbero in definitiva accreditare tutte le imposte versate all'estero in relazione al reddito della CFC, in applicazione di discipline CFC di altri Paesi, a prescindere da chi le abbia versate.

Contributi: «*Come illustrato al paragrafo 4.1.1, in caso di controllo indiretto, realizzato attraverso una catena societaria che si snoda su più livelli partecipativi, potrebbe accadere che l'entità estera controllata sia già assoggettata ad imposizione in un altro Stato (cd. "Paese intermedio") che applica la normativa sulle controllate estere. In tali casi, il tenore letterale del comma 9 dell'articolo 167 del TUIR, in sede di imputazione del reddito della CFC in capo al controllante italiano, non consente di rendere accreditabili anche le imposte assolute sul reddito della CFC dai soggetti controllanti esteri "intermedi" che abbiano a loro volta applicato la tassazione per trasparenza della medesima CFC in base alla propria disciplina interna. Al contribuente italiano è riconosciuto il credito per le imposte estere anche con riferimento alle imposte pagate nel "Paese intermedio"*» (par. 7.4).

Andrebbero inoltre modificate pp. 44, fondo, e 45, della Circolare, come indicato al precedente par. 1.3 di questo documento.

7.5. Eliminazione della doppia imposizione. Credito per imposte estere: partecipazioni indirette in CFC trasparenti.

Tematica: Del pari, in caso di partecipazioni indirette in CFC trasparenti, si considerano indetraibili le imposte dovute – ad altro Stato – dal socio diretto della CFC trasparente (p. 98).

Osservazioni: Questa limitazione non è in linea col Partnership Report, che suggerisce di imputare insieme al reddito anche le imposte assolute su di esso; risulta incongrua, se si considera che quelle stesse imposte sono considerate nel calcolo dell'ETR (p. 62, fondo); è infine incoerente rispetto al trattamento riservato alle stabili organizzazioni di soci residenti (pp. 97-98), in contraddizione con quanto sostenuto a p. 66, alto (par. 4.3.4).

Es. socio controlla la società A-non CFC, residente in X, che controlla la società B-CFC, considerata trasparente sia dallo Stato Y, in cui è costituita, sia dallo Stato X. Le imposte dovute da A allo Stato X, per il reddito imputato di B, non potrebbero essere detratte dall'imposta italiana dovuta dal socio indiretto.

Se in luogo di A, vi fosse una SO del socio, le imposte versate a X – per effetto di norme CFC - sarebbero detraibili (pp. 97-98, alto). La differenza - però irrilevante a questi fini - è che, nel caso della SO, le imposte sono pagate dall'impresa residente; nel caso di controllo indiretto, dalla controllata di primo livello, cioè A.

Contributi: *«ferma restando la limitazione “soggettiva” dettata dal comma 9 dell'articolo 167 del TUIR a mente del quale il credito d'imposta è riconosciuto, alle condizioni e nei limiti di cui all'articolo 165 del medesimo TUIR, in relazione alle sole «imposte sui redditi pagate all'estero a titolo definitivo dal soggetto non residente» (p. 98).*

8. Osservazioni al paragrafo 8 della Circolare.

8.1. Trasferimento di sede, imposizione in uscita e in entrata; valore fiscale dei beni.

Tematica: La Circolare, correttamente, afferma che il trasferimento della CFC da un primo Paese estero a un secondo Paese estero non comporta l'applicazione dell'*exit tax*, non verificandosi un trasferimento di sede al di fuori del territorio italiano. Dopodiché, prosegue affermando che *«La disciplina CFC non troverebbe più applicazione (...) qualora la società estera si dotasse, nel nuovo Stato di insediamento, di una struttura idonea a esercitare un'attività economica effettiva».*

Osservazioni: Sarebbe opportuno precisare che nessuna tassazione “in uscita” è prevista in tale fattispecie.

Contributi: *«La disciplina CFC non troverebbe più applicazione, di contro, qualora la società estera si dotasse, nel nuovo Stato di insediamento, di una struttura idonea a esercitare un'attività economica effettiva. Anche in tale ipotesi non è prevista alcuna forma di tassazione “in uscita” per effetto del venir meno dell'applicazione della normativa CFC» (par. 8.1).*

8.2. Neutralità delle fusioni estero su estero, requisiti.

Tematica: Con riferimento alle operazioni straordinarie, la bozza di circolare sostiene l'applicabilità alle fusioni “estero su estero” dell'art. 172 del TUIR a determinate condizioni, tra cui quella che *«i soggetti coinvolti abbiano una forma giuridica sostanzialmente analoga a quella prevista per le società di diritto italiano».*

Osservazioni: Tale affermazione merita di essere rivista, considerato che la normativa CFC trova applicazione con generico riferimento a *«imprese, le società e (...) enti non residenti»* (art. 167, comma 2, del TUIR) e che la CFC viene in ogni caso trattata, ai fini della determinazione del reddito da imputare per trasparenza, alla stregua di un soggetto passivo IRES. Sembra perciò irrilevante che il soggetto estero abbia una *«forma giuridica sostanzialmente analoga a quella prevista per le società di diritto italiano»* (analoghe considerazioni possono essere fatte con riferimento alle scissioni).

Commenti: «In relazione alle operazioni di fusione, in particolare, si fa riferimento a quelle operazioni tra società che avvengono “estero su estero”. Secondo quanto affermato nella risoluzione n. 470/E del 3 dicembre 2008, un’operazione di fusione che coinvolge un soggetto non residente potrà beneficiare della neutralità fiscale garantita dall’articolo 172 del TUIR se sono contemporaneamente rispettate le seguenti condizioni:

a) l’operazione produce effetti giuridici analoghi a quelli delle operazioni di fusione così come regolate dalla legislazione civilistica italiana;

b) i soggetti coinvolti abbiano una forma giuridica sostanzialmente analoga a quella prevista per le società di diritto italiano;

b) l’operazione produca effetti in Italia sulla posizione fiscale di almeno un soggetto coinvolto».

«Le medesime considerazioni svolte per le operazioni di fusione che coinvolgono una o più CFC (o due entità non CFC) valgono anche - mutatis mutandis - in caso di operazioni di scissione. In particolare, in presenza delle condizioni sopra richiamate (riguardanti le lettere a) e b)) per poter assimilare l’operazione di scissione “estero su estero” a quella regolata dalle norme interne, l’operazione risulta neutrale, rendendosi applicabili le disposizioni dell’articolo 173 del TUIR ai fini sia dell’ETR test, sia dell’eventuale imputazione per trasparenza del reddito. Diversamente, l’operazione di scissione risulterebbe realizzativa anche ai fini dell’ETR test, determinando l’imposizione per trasparenza degli eventuali plusvalori degli elementi patrimoniali riferibili alla CFC da considerarsi “liquidata” o i cui asset siano da ritenere “ceduti”» (parr. 8.2.1. e 8.2.2).

8.3. Neutralità dei conferimenti d’azienda da CFC a non CFC.

Tematica: Per quel che riguarda i conferimenti di aziende o rami d’azienda, la Circolare afferma che l’operazione deve essere inquadrata facendo riferimento «alle varie disposizioni vigenti in materia di conferimenti societari».

Osservazioni: Tale affermazione pare perfettibile, per esempio chiarendo che potrà essere assimilata al conferimento d’azienda o di ramo d’azienda solamente l’operazione attraverso la quale il conferente ottiene una porzione del capitale di rischio del conferitario a seguito del trasferimento a quest’ultimo di un’azienda o un ramo d’azienda.

Contributi: «Come noto, la fattispecie del conferimento d’azienda (o di ramo d’azienda) ~~non gode di un’autonoma disciplina all’interno del codice civile. Pertanto, ai fini del corretto inquadramento sotto il profilo giuridico e sistematico, occorre fare riferimento alle varie disposizioni vigenti in materia di conferimenti societari.~~ non è definita in modo puntuale dal legislatore. Pertanto, ai fini del corretto inquadramento sotto il profilo giuridico e sistematico, occorre fare riferimento alla sostanza ed agli effetti giuridici dell’operazione, che, per essere qualificata come conferimento d’azienda (o ramo d’azienda), dovrà condurre il conferente ad ottenere una porzione del capitale di rischio del conferitario a seguito del trasferimento a quest’ultimo di un’azienda (o di un ramo d’azienda)» (par. 8.2.3).

9. Osservazioni al paragrafo 10 della Circolare.

9.1. Eliminazione della doppia imposizione. Distribuzione di utili dalla CFC.

Tematica: Secondo la «nuova impostazione» della Circolare, i dividendi white – cioè, prodotti in Stati a fiscalità ordinaria – percepiti dalla CFC e già tassati per trasparenza sul socio, sono nuovamente imponibili, sempre sul socio, una volta distribuiti a costui (pp. 118-120). La dir. ATAD consentirebbe, in tesi, di esentare solo gli importi già «inclusi» nella base imponibile tassata per trasparenza e tali non sarebbero i dividendi white.

Osservazioni: Questa impostazione comporta una doppia imposizione in Italia dello stesso dividendo – che si aggiunge a quella già scontata dall'utile alla produzione – mentre invece i dividendi percepiti dalla CFC si dovrebbero considerare percetti direttamente dal socio (se opera la disciplina CFC).

Es. socio controlla la società A-CFC, che riceve dividendi (100) white, imponibili solo per il 5% (art. 167, comma 7). Il reddito di A (100), formato da questi dividendi, è imputato al socio nell'esercizio t0. A distribuisce poi dividendi (95) nell'esercizio t1.

I dividendi distribuiti da A al socio (95) vanno considerati non imponibili fino a concorrenza del reddito imputato (100) e non fino a concorrenza degli importi imponibili presso il socio (5) – come sostiene la Circolare. Diversamente, la differenza (90) viene tassata due volte presso il socio: la prima, all'imputazione, nell'esercizio t0; la seconda, alla percezione in t1 (!)

Contributi:

- Andrebbero modificate pp. 118-120 nelle parti volte a giustificare la «nuova impostazione», partendo dal principio per cui, ai fini dell'eliminazione della doppia imposizione, si considerano «inclusi nella base imponibile» imputata al socio anche i redditi esclusi ai sensi di norme che mirano a eliminare la doppia imposizione – come appunto quelle su dividendi e plusvalenze. A tal fine, si potrebbero adottare queste modifiche:
 - *«Al fine di evitare fenomeni di doppia imposizione, dunque, la Direttiva prevede la possibilità di dedurre dalla base imponibile cui assoggettare eventualmente gli utili distribuiti dalla CFC al soggetto controllante in Italia, “gli importi” dei redditi ~~e che hanno precedentemente formato oggetto di tassazione per trasparenza in capo~~ **imputati al socio italiano in periodi d'imposta precedenti**. La norma interna, analogamente a quanto statuito dalla Direttiva, ~~prevede la possibilità di escludere dalla formazione della base imponibile la quota parte degli utili riferibili a redditi imputati e tassati per trasparenza in capo al socio italiano («fino a concorrenza»)~~» (p. 118).*
 - eliminare i paragrafi da «Tanto premesso» a «in capo al partecipante residente» (pp. 118-119).
 - *«Gli utili realizzati dalla CFC in un anno in cui abbia trovato applicazione la disciplina di imputazione per trasparenza in capo al soggetto residente partecipante (o alla stabile organizzazione italiana partecipante), avendo scontato per tabulas un'imposizione congrua rispetto a quella italiana (rectius, un'imposizione del tutto analoga a quella italiana), vanno considerati come non provenienti da regimi fiscali privilegiati ai sensi dell'art. 47-bis del TUIR. ~~Conseguentemente, anche nell'ipotesi in cui la quota dell'utile della CFC di un dato anno riferibile al soggetto partecipante risulti superiore (per effetto di variazioni in diminuzione) rispetto al corrispondente reddito imputato per trasparenza, l'eccedenza sconterà l'imposizione ordinaria riguardante i dividendi cosiddetti “white” (e.g., nella misura del 26% nel caso in cui il partecipante sia persona fisica, ovvero mediante l'applicazione dell'aliquota IRES sulla quota imponibile del 5% del dividendo stesso, sussistendo le condizioni di cui all'art. 89 del TUIR).~~ Così, ad esempio, si ipotizzi che un soggetto IRES non IAS/IFRS adopter (“A”) detenga il 100% di una controllata estera (“CFC”) e quest'ultima, soggetta ad imposte locali pari allo 0%, realizzi in un dato anno un ~~utile~~ **reddito** pari a 200, formato da 180 dividendi white e 20 dividendi black. L'applicazione della disciplina CFC determina la ~~tassazione~~ **imputazione per trasparenza in capo** ad A del reddito della CFC per un ammontare pari a **200, di cui 180 imponibili per il 5%, ai sensi dell'art. 89, Tuir, richiamato dall'art. 167, comma 7, del TUIR** ~~29, dato dal 100% dei dividendi black (20) e dal 5% dei dividendi white (9=180x5%), con una imposta IRES dovuta pari a 6,69 (24% di 29).~~» (p. 119).*
 - *«Ebbene, laddove successivamente la CFC dovesse distribuire l'intero reddito ~~l'utile~~ di 200, questo risulterebbe: ~~— nei limiti dell'importo già assoggettato a tassazione per trasparenza, e cioè per 29, integralmente detassato ai sensi dell'art. 167, comma 10, del TUIR; — per l'eccedenza, e cioè per 171, imponibile nei limiti del 5% del suo~~*

~~ammontare ai sensi del combinato disposto degli artt. 17-bis e 89, commi 2 e 3, del TUIR integralmente non imponibile, essendo già stato imputato al socio nel periodo di produzione. I dividendi white (180) hanno già scontato una congrua imposizione e non sono pertanto oggetto di nuova tassazione – sul socio – né nel periodo di imputazione, ai sensi della disciplina CFC, né nel periodo di percezione. Come indicato nella Circolare 51/E del 2010, occorrerà monitorare gli esercizi di produzione dei redditi di volta in volta distribuiti dalla CFC, per distinguere quelli prodotti e già imputati al socio, in costanza di disciplina CFC, da quelli prodotti in periodi diversi (e non imputati). Questi ultimi seguono infatti la disciplina ordinaria (esclusione, imposizione integrale o parziale, a seconda dei casi), incluse le norme di cui all'art. 1, comma 1008, della legge 27 dicembre 2017, n. 205.» (pp. 119-120).~~

- Eliminare i paragrafi da «In base a questa nuova impostazione» a «imputato per trasparenza al socio residente» (p. 120).

9.2. Distribuzioni 'indirette' di utili CFC.

Tematica: In caso di utili prodotti da una CFC, «rimpatriati» tramite controllate estere non CFC, la Circolare ribadisce l'applicabilità della presunzione, secondo cui gli utili si considerano, prioritariamente e fino a concorrenza, formati da dividendi posti in distribuzione dalla CFC, che dunque erodono il basket di redditi già imputati al socio (Assonime, circolare 65/2000, p. 16; art. 3, d.m. 21/11/01; Circolare, p. 121).

Osservazioni: Sembra più corretto dare al socio la possibilità di dimostrare quanti dividendi derivano da utili prodotti da soggetti diversi dalla CFC - dunque, esclusi da imposizione, tassati integralmente o parzialmente, a seconda dei casi, ma che comunque non erodono il 'basket' di redditi già tassati per trasparenza.

Es. socio controlla la società estera A, non CFC, che controlla la società B-CFC. A distribuisce utili prodotti anche – ma non solo - da B, i cui redditi sono già stati tassati per trasparenza presso A, alla produzione.

Il socio dovrebbe poter provare quanta parte degli utili percepiti da A non sono stati prodotti dalla CFC, ma da altri soggetti non CFC. Questi utili sconteranno il regime ordinario di esclusione, imposizione parziale o integrale, a seconda dei casi, e non eroderanno il 'basket' di redditi già imputati al socio.

Contributi: «Resta fermo quanto stabilito dall'articolo 3, comma 4, del D.M 21 novembre 2001, in relazione alle partecipazioni indirette. (...) a questi effetti, detti utili si presumono prioritariamente formati con quelli conseguiti dall'impresa, società o ente residente considerato CFC (già tassati per trasparenza in Italia) che risultino precedentemente posti in distribuzione. Si ritiene comunque possibile, per il socio, dimostrare quanta parte degli utili è stata prodotta da altri soggetti. In relazione a questi utili, troverà applicazione la disciplina ordinaria (esclusione, imposizione parziale o integrale, a seconda dei casi), incluse le norme di cui all'art. 1, comma 1008, della legge 27 dicembre 2017, n. 205.» (p. 121).

* * *

L'AIPSDT ringrazia l'Agenzia delle Entrate per l'opportunità di poter manifestare le proprie osservazioni nell'ambito di questa Consultazione pubblica. Esprime il proprio consenso alla pubblicazione di queste osservazioni, allorché venga deciso di procedere in questa direzione.

Per il Direttivo
Il Presidente
(Prof. Mario Nussi)