

9/2021

Consultazioni

Risposta alla consultazione pubblica del 5 luglio 2021 indetta dall’Agenzia delle Entrate sulla bozza di circolare e sullo schema di provvedimento in merito alla disciplina sulle società controllate estere (*Controlled Foreign Companies*; CFC)

1. Introduzione

Ringraziamo i competenti organi dell'Agenzia delle Entrate per l'opportunità che ci viene data di sottoporre alla loro attenzione le nostre considerazioni in merito allo schema di circolare che fornisce chiarimenti sulla disciplina delle società controllate estere (*Controlled Foreign Companies*; c.d. CFC) ed allo schema di provvedimento che indica i nuovi criteri per determinare, con modalità semplificate, il requisito dell'effettivo livello di tassazione (*i.e.*: verifica dell'*effective tax rate*; c.d. ETR); requisito indicato dall'art. 167, comma 4, lett. a), del TUIR (D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917). Il D.Lgs. 29 novembre 2018, n. 142 ha recepito, com'è noto, la direttiva del Consiglio UE del 12 luglio 2016, n. 2016/1164 (c.d. direttiva ATAD 1)¹ apportando rilevanti modifiche alla disciplina delle *Controlled Foreign Companies* (CFC) di cui all'art. 167 del TUIR.

Merita sin d'ora osservare che lo schema di circolare posto in consultazione fornisce un ampio quadro delle problematiche applicative del regime CFC risultante dal novellato art. 167 del TUIR, indicando soluzioni chiare, ben motivate ed in linea generale condivisibili, salvo per le questioni che qui di seguito segnaleremo. Occorre altresì evidenziare che alla concreta operatività del regime di CFC si ricollegano, a vario titolo, anche altre importanti questioni applicative. Si tratta di tematiche ulteriori rispetto a quelle pur ampiamente affrontate dall'Agenzia e legate, in particolare, al regime di rimpatrio dei dividendi, *ex art. 47-bis* del TUIR, direttamente o per il tramite di società intermedie; all'individuazione della "provenienza" – *black* o *white* – della partecipata estera in ragione del continuo susseguirsi di regole diverse nel corso dei recenti anni; al regime di imposizione delle plusvalenze relative alla cessione delle partecipazioni con cui il socio controllante residente partecipa direttamente o indirettamente alla CFC. Questi temi verranno probabilmente affrontati dall'Agenzia in ulteriori circolari di commento.

La bozza di circolare dell'Agenzia posta in consultazione presenta uno sviluppo organico che, partendo dalle *policies* emergenti dall'*Action 3* del BEPS e dalle direttive ATAD, ripercorre le scelte operate dal nostro legislatore fornendo un quadro interpretativo coerente sotto il profilo concettuale e di notevole utilità per gli operatori del settore, in quanto vengono analizzate questioni che si possono presentare in concreto, nell'applicazione del regime di CFC, anche attraverso espliciti esempi.

¹ Cfr. la direttiva (UE) 2016/1164 del Consiglio del 12 luglio 2016 (c.d. direttiva ATAD 1), recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno, come modificata dalla direttiva (UE) 2017/952 del Consiglio del 29 maggio 2017 (c.d. direttiva ATAD 2) relativa ai disallineamenti da ibridi con i Paesi terzi (d'ora innanzi anche, per brevità, "direttive ATAD").

Qui di seguito, seguendo le varie tematiche della circolare secondo l'ordine espositivo prescelto dall'Agenzia, ci limitiamo semplicemente a segnalare i punti che, a nostro avviso, meritano un ulteriore approfondimento.

Per completezza, laddove questi punti si riflettano anche sulle disposizioni contenute nello schema di provvedimento del direttore dell'Agenzia relativo ai criteri per la determinazione, con modalità semplificata, dell'ETR – provvedimento, come accennato, anch'esso oggetto della presente consultazione pubblica – provvederemo ad indicare anche le modifiche che, a nostro avviso, dovrebbero operarsi su tale provvedimento.

2. Il requisito del controllo (par. 3 dello schema di circolare)

Certamente, una delle novità fondamentali del nuovo regime di CFC è quella riguardante il requisito del controllo. Al tradizionale controllo civilistico ex art. 2359 c.c. si affianca ora, infatti, il c.d. controllo economico, che si realizza laddove oltre il 50 per cento della partecipazione agli utili della CFC sia detenuto *“direttamente od indirettamente, mediante una o più società controllate ex articolo 2359 c.c. o tramite società fiduciaria o per interposta persona, da un soggetto residente”* (pag. 29).

Questa novità comporta che, per la prima volta nel nostro ordinamento, possono coesistere due tipologie di controllo sulla CFC – per l'appunto, civilistico ed economico – riferibili a due diversi soggetti (o gruppi di imprese), non aventi alcun legame tra loro. Naturalmente, ciascuno di tali soggetti sarà tenuto a tassare per trasparenza la quota di utili della CFC a sé riferibile.

In ordine al controllo civilistico ex art. 2359 c.c. lo schema di circolare non si occupa delle varie tematiche affrontate in dottrina in merito all'esistenza di maggioranze qualificate per determinate delibere (ad esempio, per la nomina degli amministratori), di categorie di azioni di diverso contenuto; di azioni proprie; di azioni date in pegno, ecc. Lo schema di circolare affronta direttamente, invece, un tema fondamentale: quello del controllo congiunto, confermando che esso non costituisce, in via di principio, uno *status* idoneo a “far scattare” la disciplina CFC. Ciò è quanto tipicamente accade in presenza di un accordo di *joint venture* c.d. paritetica. Tuttavia, l'Agenzia osserva correttamente nello schema di circolare che anche in questi casi potrebbe verificarsi il presupposto del controllo idoneo ad “innescare” il regime di CFC ove uno dei due soggetti partecipanti alla *joint venture* lo eserciti in via di fatto o detenga il controllo economico (*i.e.*: la maggioranza di partecipazione agli utili). Riteniamo al riguardo che la sussistenza in questa fattispecie del controllo economico sia valevole, ovviamente,

solo a partire da adesso (*rectius*: a partire, cioè, dall'entrata in vigore della nuova disciplina di CFC e, quindi, dal periodo di imposta 2019 in poi); mentre le considerazioni dell'Agenzia sulla sussistenza del controllo di fatto dovrebbero assumere rilevanza interpretativa e come tali valere anche per il passato.

Quanto alla nuova forma di controllo c.d. economico, nello schema di circolare l'Agenzia afferma, correttamente, che esso si verifica in tutte le ipotesi in cui si realizza la partecipazione maggioritaria agli utili *“a prescindere dal nomen iuris del contratto o dello strumento contemplato nella giurisdizione estera”* (pag. 34)². Riteniamo di condividere queste conclusioni che, naturalmente, dovrebbero applicarsi tanto per la partecipazione agli utili che la controllata estera contabilizza a stato patrimoniale, quanto per gli utili che venissero dedotti nella determinazione del suo reddito; caso quest'ultimo che dovrà, evidentemente, trovare un correttivo in sede di tassazione per trasparenza della CFC in base alle regole del nostro ordinamento.

Questa vasta gamma di ipotesi in cui può realizzarsi il controllo economico offre lo spunto per anticipare una questione di fondo circa la permanenza nel regime di CFC di società ed enti esteri che si siano qualificati tali in un determinato esercizio, ma che vengano a perdere successivamente i requisiti cui si ricollega l'operatività del regime.

Com'è noto, l'Agenzia ha ritenuto in passato che una società già qualificatasi come CFC possa fuoriuscire da tale regime solo a condizione di dimostrare, tramite interpello, l'esistenza dell'esimente costituita dall'esercizio di un'attività economica effettiva³.

Questo presidio aveva suscitato, già in passato, perplessità fra gli operatori in quanto a prescindere dalla presentazione di un interpello volto a dimostrare la sussistenza

² L'Agenzia chiarisce infatti che *“in ragione delle finalità della disciplina, sarebbe limitativo far riferimento agli strumenti finanziari attualmente adottati in Italia come, ad esempio: gli strumenti finanziari partecipativi, dotati o meno di diritti amministrativi; i contratti assimilabili al contratto di associazione in partecipazione oppure al contratto di cointeressenza; i prestiti partecipativi, cartolarizzati o meno, che attribuiscono al prestatore una remunerazione rappresentata, in tutto o in parte, dalla partecipazione agli utili”*.

³ Cfr. la circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 23/E del 2011, par. 7.3, relativamente alle c.d. CFC *white* di cui al previgente comma 8-*bis* dell'art. 167. Nel precedente contesto normativo, la disapplicazione del regime di CFC era condizionata dalla presentazione di un interpello obbligatorio e l'Agenzia aveva ritenuto che il regime di CFC *white*, una volta adottato dal contribuente, non potesse essere *“autonomamente modificato dallo stesso sulla base esclusiva dell'andamento dei calcoli richiesti ai fini del tax rate test e del passive income test”*. Secondo l'Agenzia, pertanto, il contribuente che aveva sottoposto il reddito della CFC alla tassazione per trasparenza, era obbligato a mantenere tale modalità di tassazione fino a quando non avesse dimostrato *“nell'apposita sede dell'interpello disapplicativo di cui all'articolo 167, comma 8-ter, del TUIR, la non artificiosità della struttura estera, con conseguente disapplicazione riconosciuta dall'Amministrazione finanziaria”*.

dell'esimente, la società o ente in regime di CFC ben poteva perdere queste sue caratteristiche per i più svariati motivi: ad esempio, proprio perché il *tax rate* estero diveniva congruo o perché i *passive income* venivano a collocarsi al di sotto del limite individuato dal legislatore.

Oggi, con l'introduzione del requisito del controllo economico, basato sulla partecipazione agli utili, quest'alternarsi di ingressi e fuoriuscite dal perimetro applicativo della CFC potrebbe divenire notevolmente più frequente. Ci sembra, quindi, evidente che la posizione dell'Agenzia – sostenuta nel diverso contesto normativo caratterizzato dall'obbligatorietà dell'interpello e già divenuta non più attuale con la sopravvenuta previsione della facoltatività dell'interpello medesimo – debba ritenersi definitivamente superata: condizionare l'uscita dal regime di CFC alla dimostrazione della sussistenza dell'esimente non trova, a nostro avviso, fondamento normativo se i presupposti di applicazione del regime sono venuti meno. Inoltre, sotto il profilo operativo – e tenuto conto della frequenza con cui la controllata estera può entrare e/o fuoriuscire dal regime di CFC anche in ragione del nuovo requisito del controllo economico – ciò comporterebbe un esorbitante onere per i contribuenti. D'altronde, la vigente normativa primaria sembra confermare che lo strumento necessario e sufficiente per consentire all'Amministrazione finanziaria un efficace monitoraggio delle vicende di "uscita" dal regime di CFC sia rappresentato dalla segnalazione nella dichiarazione dei redditi⁴.

3. Il livello di tassazione del soggetto controllato estero (par. 4 dello schema di circolare)

Il livello dell'*effective tax rate* estero della controllata è dato, come è noto, dal rapporto tra le imposte sul reddito da essa dovute e l'utile *ante* imposte risultante dal bilancio; mentre l'*effective tax rate* virtuale domestico è dato dal rapporto tra le imposte sul reddito che sarebbero state dovute in Italia e l'utile *ante* imposte risultante dal bilancio (estero). A tal proposito, le novità introdotte dallo schema di provvedimento e dalla bozza di circolare incidono in modo significativo sulla natura e l'ammontare delle

⁴ L'art. 167 specifica al comma 5 che l'unico caso in cui si può presentare interpello probatorio per dimostrare l'esimente "*indipendentemente*" dalla verifica delle 2 condizioni di ingresso (*i.e.*: *passive income* ed *ETR test*) è quello dei soggetti che si trovano in *cooperative compliance*. Ne consegue che tutti gli altri contribuenti possano presentare l'istanza di interpello solo al verificarsi delle due condizioni di ingresso. Al successivo comma 11, inoltre, è previsto che l'obbligo di segnalazione in dichiarazione sussiste solo "*al ricorrere delle condizioni di cui al comma 4, lettere a) e b)*" e, quindi, il contribuente è tenuto ogni anno a verificare se sono o meno realizzate le due condizioni di ingresso (*passive income* ed *ETR test*) al ricorrere delle quali si rende applicabile il regime CFC: nel caso in cui una o entrambe le condizioni in un determinato periodo di imposta non risultino verificate, non sussiste alcun obbligo di segnalazione in capo al contribuente.

imposte estere da assumere per il calcolo dell'ETR estero; novità che si ispirano principalmente all'esigenza di dar rilievo a tutti gli oneri impositivi che gravano, direttamente o indirettamente, sul reddito della CFC. E ciò, evidentemente, alla luce della considerazione che, per giudicare della natura elusiva o meno dell'insediamento all'estero, non si può omettere di considerare nella sua interezza l'imposizione complessiva di cui il gruppo si fa carico per realizzare questa sua scelta economica.

In particolare, sia lo schema di circolare che quello relativo al provvedimento contengono varie soluzioni che condividiamo, la più importante delle quali è quella che consente di considerare nell'*effective tax rate* (ETR) estero non solo le imposte pagate *in loco* dalla società (o altro ente) partecipata ma anche quelle da essa pagate a titolo definitivo in altri Stati, anche se non accreditabili nello Stato della CFC, nonché quelle assolute da altri soggetti del gruppo sul reddito della medesima società e, in particolare, quelle eventualmente assolute dal soggetto partecipante intermedio su tale reddito in applicazione di un regime di CFC, ove previsto nello Stato in cui risiede⁵; e di confrontare, inoltre, tale *tax rate* estero con il *tax rate* domestico per il quale, invece, assume rilievo solo l'imposta virtuale italiana costituita dall'IRES (senza addizionali) al lordo del credito per le imposte estere. Un'asimmetria, questa, che lo schema di circolare giustifica con l'esigenza di dare rilievo alle imposte sul reddito che complessivamente gravano sull'insediamento estero e che non potrebbero più trovare riconoscimento (neppure quelle sostenute, appunto, dalla medesima entità in Stati esteri differenti da quello di localizzazione) dopo l'abrogazione della seconda circostanza esimente e, cioè, dell'esimente della c.d. tassazione congrua che, ricordiamo, consentiva di valorizzare l'intero carico impositivo gravante anche su altri soggetti del gruppo a valle e a monte della formazione e distribuzione dell'utile⁶.

⁵ Assumono, infatti, rilievo come imposte della CFC, anche quelle eventualmente assolute dal socio di controllo (o dalla stabile organizzazione "controllante") in applicazione di eventuali regole CFC vigenti nel proprio Stato di residenza. Parimenti, per il medesimo calcolo dell'ETR "lato estero" di una stabile organizzazione esente (qualificabile come CFC) appartenente ad una società controllata intermedia residente all'estero si considerano sostenute dalla stabile organizzazione stessa anche le imposte pagate dalla sede centrale in applicazione di eventuali regole CFC locali. Naturalmente, ai fini dell'ETR proprio del soggetto o della stabile organizzazione controllanti (così come della sede centrale) non vengono prese in considerazione le menzionate imposte dagli stessi sostenute in applicazione della disciplina CFC sulla propria sottostante controllata (o stabile organizzazione esente). Lo schema di circolare precisa che, invece, ai fini del riconoscimento del *foreign tax credit* (ove, non risultando integrati i requisiti dell'esimente, si renda applicabile la tassazione per trasparenza) possono essere considerate rilevanti soltanto le imposte assolute dal medesimo soggetto giuridico.

⁶ In termini ancor più generali, questa asimmetria si giustifica, per quanto ci consta, per tenere conto, dal lato estero, come detto, del carico impositivo complessivamente gravante sull'insediamento estero (in parziale sostituzione della seconda esimente), e dal lato dell'imposta virtuale italiana del fatto che il *network* delle convenzioni stipulate dall'Italia potrebbe essere penalizzante, nel senso che potrebbero esservi più fattispecie che nello Stato italiano costituiscono prelievi definitivi non accreditabili rispetto allo Stato in cui è localizzata la CFC. Proprio per tener conto di questo aspetto, a quanto ci consta, nella

In questo contesto, tra l'altro, riteniamo apprezzabile l'apertura che viene espressa nello schema di circolare in merito alla possibilità di accreditare, ai sensi dell'art. 165 del TUIR, le imposte pagate dalla controllata estera in relazione al reddito prodotto da una propria stabile organizzazione (esente) che venga considerata CFC anche in base alla disciplina vigente nello Stato della controllata. Si tratta di una soluzione che, in verità, per motivi sostanziali dovrebbe applicarsi – in coerenza con le raccomandazioni dell'Action 3 – anche laddove l'applicazione della disciplina CFC da parte di altro Stato intermedio avvenga in presenza di una *subsidiary*⁷, anche se, in effetti, il dato testuale dell'art. 165 del TUIR, nella sua versione attuale, sembra porre ostacoli ad una conclusione di questo tipo. Comunque – ripetiamo – l'apertura dell'Agenzia è importante, rendendo il nostro sistema più equilibrato rispetto a quello di Stati che, normalmente, ignorano del tutto i regimi di CFC resisi applicabili in altri Stati dove risiedono le società intermedie del gruppo.

Sempre in termini generali, per l'ipotesi, invece, in cui sia la CFC a subire imposizioni a titolo definitivo in altri Stati, è importante che vengano fornite indicazioni su come si debbano individuare le imposte sui redditi estere di cui tener conto ai fini del calcolo dell'ETR (e del *foreign tax credit*) quando il prelievo venga effettuato da Stati con i quali lo Stato della CFC non abbia stipulato una convenzione contro le doppie imposizioni. Laddove vi sia una convenzione, infatti, lo schema di circolare dell'Agenzia invita a far riferimento alle indicazioni di tale convenzione. Per l'ipotesi in cui tale convenzione, invece, non sussista non vengono fornite precise indicazioni. In proposito, sembrerebbe logico di dover identificare le imposte in questione in questo secondo caso sulla base dei criteri nazionali, verificando, cioè, se tali imposte, ove applicate in Italia, avrebbero potuto essere qualificate come imposte sui redditi; ciò in linea, peraltro, con quanto già affermato dall'Agenzia nella circolare n. 9/E del 2015 in relazione ai tributi accreditabili ex art. 165 del TUIR, ove è stato precisato, per l'appunto, che in via di principio *“la verifica sulla natura del tributo estero deve essere effettuata alla stregua dei principi e delle nozioni evincibili dal nostro ordinamento tributario”*.

precedente versione del provvedimento in cui si faceva riferimento in modo simmetrico solo alle imposte pagate dalla CFC nel suo Stato e a quelle virtuali in Italia (entrambe al lordo del credito per le imposte estere), la scelta era stata fatta in questo senso – nel senso di escludere, cioè, i prelievi a titolo definitivo e non accreditabili in altri Stati – per non svantaggiare il contribuente. La nuova impostazione è ancora più favorevole poiché per il *tax rate* estero si tiene conto di tutti i carichi impositivi gravanti sul reddito della CFC e per l'imposta virtuale italiana solo dell'IRES applicabile in Italia.

⁷ Invero, sotto un profilo squisitamente sostanziale, non c'è molta differenza tra l'ipotesi di un gruppo articolato con una società A in Italia, una società partecipata nello Stato B che detiene una stabile organizzazione in *branch exemption* (rientrante nel regime di CFC) nello Stato C e quella in cui la società A in Italia partecipi ad una società nello Stato B che detiene una *subsidiary* (rientrante nel regime di CFC) nello Stato C.

Si segnalano poi, nello specifico, i seguenti aspetti.

3.1. Nello schema di provvedimento (punto 3.3) e nella bozza di circolare (pag. 41), l'Agenzia afferma che per l'ETR estero (e poi anche per l'accredimento delle imposte in caso di imputazione per trasparenza) si prendono in considerazione *“nell'ipotesi di Confederazione di Stati ... oltre le imposte federali, anche le imposte sul reddito proprie di ciascuno Stato federato e delle amministrazioni locali”*. A nostro avviso, questo principio dovrebbe valere anche a prescindere dall'esistenza di una federazione di Stati. Proponiamo, pertanto, di considerare meglio la questione tenuto conto che imposte sul reddito possono costituire oggetto di prelievo da parte di amministrazioni locali anche in Stati non configurabili, in senso proprio, come *“Confederazioni di Stati”*. In altri termini, una volta scelto di dare rilevanza anche alle imposte sul reddito, ivi comprese quelle locali, questa scelta dovrebbe essere coerentemente mantenuta per lo Stato di insediamento della CFC tanto che faccia parte di una confederazione di Stati, quanto che non ne faccia parte.

3.2. Dovrebbero essere prese in considerazione anche le imposte estere assolute dopo la chiusura del bilancio, purché pagate prima della presentazione della dichiarazione relativa all'esercizio di riferimento del bilancio stesso; ciò in coerenza con quanto previsto dall'art. 165, comma 4, del TUIR in tema di detrazione del *foreign tax credit*. Quantomeno, si chiede di chiarire espressamente se le imposte estere pagate dopo la chiusura del bilancio ma prima della scadenza del termine di presentazione della dichiarazione assumano rilievo per l'esercizio di pagamento o per quello precedente cui si riferiscono.

3.3. Se la società estera è in un regime di consolidato fiscale nel Paese in cui è localizzata, assumono rilievo – chiariscono sia lo schema di provvedimento (punto 5.1, lett. c) che lo schema di circolare (pag. 41) – le imposte di sua competenza e, cioè, *“le imposte riferibili alla controllata singolarmente considerata”*. Occorrerebbe aggiungere, per maggior chiarezza, che questo vale naturalmente anche se l'imponibile della CFC è stato compensato con le perdite di altro partecipante al consolidato. Riterremmo, inoltre, opportuno che venissero meglio precisati i criteri per identificare le imposte riferibili alla controllata nelle ipotesi in cui il regime di consolidato fiscale estero non si configuri come una mera sommatoria algebrica degli imponibili (separati) di ciascuna entità; bensì rappresenti (è il caso, ad esempio, degli USA o dell'Olanda) un risultato di gruppo in cui sono, ad esempio, sterilizzati i dividendi *intercompany*.

3.4. Sempre in tema di confronto di ETR, ci sono altre importanti questioni che toccano soprattutto lo schema di provvedimento e che attengono ai criteri di semplificazione per

effettuare tale confronto. Ricordiamo al riguardo che, di regola, ai fini del calcolo dell'ETR estero e domestico assumono rilievo (nel senso che non possono essere sterilizzate) le variazioni permanenti della base imponibile che, come tali, non prevedono alcun *reversal* in periodi d'imposta successivi. Sono, tuttavia, previste talune eccezioni su cui di seguito avanziamo alcune osservazioni.

- L'eccezione di maggior rilievo riguarda, come è noto, le variazioni in diminuzione (permanenti) della base imponibile correlate ai regimi di *participation exemption*, adottati in molti ordinamenti come rimedio contro la doppia imposizione societaria. Al riguardo, lo schema di provvedimento (punto 5.1, lett. g) e la bozza di circolare chiariscono che il regime italiano che prevede l'esclusione del 95 per cento del dividendo e della plusvalenza è considerato equivalente ai regimi esteri che riconoscono l'esenzione al 100 per cento, a condizione dell'integrale indeducibilità dei costi in tali regimi. In quest'ottica, nel principio di diritto n. 5 del 2021, l'Agenzia con riferimento al provvedimento del Direttore n. 143239 del 16 settembre 2016 ha adottato una tesi particolarmente restrittiva del requisito dell'indeducibilità dei costi, giungendo a negare l'equivalenza con le norme italiane del regime vigente in Lussemburgo; regime quest'ultimo in cui l'indeducibilità dei costi e delle svalutazioni si applica, con un sistema di *recapture*, nei soli limiti del reddito esente derivante dalla cessione della partecipazione, prevedendo cioè che, al momento della cessione della partecipazione, l'eventuale plusvalenza realizzata venga assoggettata a tassazione fino a concorrenza dei costi e delle svalutazioni dedotti. Non è chiaro il motivo di questa posizione restrittiva se si considera che il nostro sistema prevede *tout court* la non tassabilità dei dividendi tanto per le partecipazioni fruenti della *participation exemption* ai sensi dell'art. 87 del TUIR, quanto per quelle escluse (ad esempio, partecipazioni in società immobiliari) e prevede anch'esso il recupero dei costi di gestione delle partecipazioni fruenti della *participation exemption*, sia pur in modo forfettario (5 per cento della plusvalenza) in sede di loro realizzo e nei limiti di tale plusvalenza⁸. Comunque,

⁸ Al riguardo, si osserva che è vero che secondo la disciplina vigente in Lussemburgo i costi analitici sono recuperati solo fino a concorrenza della plusvalenza; è altrettanto vero, però, che in base alla disciplina nazionale della *participation exemption*, il collegamento con la plusvalenza si pone in termini concettualmente analoghi, poiché la quota imponibile del 5 per cento, quale espressione dell'indeducibilità dei costi di gestione relativi alla partecipazione, è anch'essa – sebbene sia forfettaria e, quindi, più o meno ampia – in funzione dell'entità della plusvalenza stessa, nel senso che il *quantum* del recupero forfettario dei costi è direttamente “calibrato” sull'entità della plusvalenza stessa, variando in funzione di essa. Per completezza, occorre precisare che in Lussemburgo è riconosciuta anche la svalutazione delle partecipazioni, mentre il nostro ordinamento non la consente. Si tratta, tuttavia, di un aspetto diverso e ulteriore rispetto alla tematica qui in esame.

in via generale, riterremmo opportuno modificare la soluzione indicata nello schema di provvedimento, eliminando la condizione dell'indeducibilità dei costi relativi alle partecipazioni, poiché le fattispecie estere sono le più disparate e la condizione in parola (*i.e.*: l'indeducibilità dei costi) rende di fatto impraticabile il più delle volte l'equiparazione del nostro regime di *participation exemption* a quelli prevalentemente adottati negli altri Stati; inoltre, perché si tratta, pur sempre, di regimi finalizzati ad eliminare la doppia imposizione societaria.

- Lo schema di provvedimento in esame (punto 5.1, lett. i) stabilisce che non possono essere sterilizzate variazioni permanenti relative al riconoscimento di agevolazioni fiscali di qualsiasi tipo; innovando *in peius* rispetto a quanto previsto dal Provvedimento n.143239 del 16 settembre 2016 (punto 5.1. lett. i), tuttora in vigore, che invece consente di non tenere conto delle agevolazioni meramente temporanee e non strutturali concesse dalla legislazione dello Stato estero alla generalità dei contribuenti per un periodo non superiore a cinque anni. In ordine a questa innovazione osserviamo che proprio le finalità spiccatamente antielusive e di contrasto del *profit shifting* (che chiaramente vengono evidenziate anche nello schema di circolare dell'Agenzia) sembrerebbero giustificare la sterilizzazione di agevolazioni solo temporanee (inferiori a cinque/quattro esercizi) dato che esse certamente non possono aver determinato decisioni di delocalizzazione "di comodo"; delocalizzazioni che, infatti, comportano di regola oneri non indifferenti e sono realizzate in una prospettiva di medio-lungo periodo. Oltretutto, molte controllate rischiano di diventare CFC solo per avere occasionalmente frutto, per uno o due esercizi, di agevolazioni strettamente pensate per alleviare gli effetti della pandemia. Ove si ritenesse, tuttavia, che la predetta innovazione *in peius* sia dettata da problemi di conformità e coerenza con la direttiva ATAD, allora sarebbe quantomeno necessario prevedere che le nuove previsioni si applichino a decorrere dai periodi successivi a quelli (2019 e 2020) per i quali sono già state versate, o sono in corso di versamento, le relative imposte: la decorrenza di queste regole più restrittive dovrebbe operare a partire dal periodo d'imposta in corso alla data di pubblicazione del nuovo provvedimento.
- La stessa decorrenza posticipata dovrebbe applicarsi anche per tutte le altre modifiche *in peius* previste dallo schema di provvedimento o dalla bozza di circolare: tra queste, ad esempio, la necessità di non tenere conto della variazione in diminuzione a titolo dell'ACE non solo in sede di tassazione della CFC, come prevede il decreto attuativo dell'ATAD ma, alla luce della bozza di

circolare e dello schema di provvedimento, anche ai fini del calcolo dell'ETR domestico.

- Infine, sempre in tema di semplificazione e variazioni permanenti, potrebbe essere presa in considerazione la possibilità di:

a) sterilizzare (ai fini del calcolo dell'ETR lato Italia) le norme di dettaglio che all'estero non esistono e pongono difficili confronti con il risultato di dar luogo, il più delle volte, a differenze sostanziali di ridotta rilevanza (ad esempio, le norme sulla parziale indeducibilità dei telefoni cellulari, le regole per le spese di trasferta dei dipendenti, lo scorporo del valore dei terreni dal valore ammortizzabile degli immobili strumentali, le liberalità, ecc.);

b) determinare il ROL della controllata estera, ai fini dell'individuazione dell'ammontare degli interessi passivi da ammettere in deduzione per il calcolo dell'ETR, lato domestico ed eventualmente, se previsto, lato estero, sulla base dei dati contabili e non fiscali che pongono problemi di analisi molto complicati, soprattutto se riferiti ad ordinamenti tributari molto diversi dal nostro.

3.5. Un tema a sé è quello delle variazioni non permanenti con riversamento certo o incerto: le prime, com'è noto, sono state finora considerate irrilevanti e dunque, anche in loro presenza, è stato possibile mantenere il riferimento ai dati di bilancio, mentre le altre sono state considerate rilevanti. Al riguardo, distinguiamo le seguenti tematiche.

- In relazione alle variazioni non permanenti (c.d. *timing differences*) a riversamento certo, lo schema di provvedimento (punto 5.1, lett. d) e la bozza di circolare (pag. 45) confermano che ai fini del calcolo dell'ETR estero e domestico vanno sterilizzati gli effetti delle variazioni non permanenti della base imponibile solo se "*con riversamento certo e predeterminato in base alla legge o per piani*". Al riguardo, occorre tuttavia osservare che si possono verificare situazioni di variazioni teoricamente a *reversal* non certo, ma nelle quali la certezza del *reversal* viene a realizzarsi prima del termine di presentazione della dichiarazione dei redditi relativa al periodo in considerazione o, comunque, nel periodo attiguo. Sarebbe opportuno ricomprendere in questa categoria di *timing differences* anche queste variazioni; di ricomprenderle cioè fra quelle sterilizzabili, evitando così di dar rilievo a differenze poco significative fra il *tax rate* estero e quello virtuale interno. È questo il caso, ad esempio, che

si presenta nella legislazione indiana che, nel prevedere la possibilità di attribuire un compenso ai dipendenti che raggiungono almeno cinque anni di servizio, consente la deduzione dell'accantonamento operato in bilancio anche se il pagamento – e l'utilizzo del fondo – avviene successivamente alla chiusura dell'esercizio, purché entro i termini di presentazione della relativa dichiarazione dei redditi (in base ad un principio c.d. di cassa "allargato"). Per la legislazione italiana in questa ipotesi si configura una variazione teoricamente non sterilizzabile, ma che sarebbe invece opportuno sterilizzare. Un altro caso riguarda, ad esempio, le differenze di cambio su crediti e debiti in valuta che in Cina – a differenza dell'Italia – assumono rilievo nel bilancio in cui sono rilevate, senza attenderne l'incasso/pagamento. Si potrebbe anche in questo caso adeguare il *tax rate* virtuale a quello estero, per lo meno laddove queste posizioni creditorie e debitorie attengano ad operazioni correnti e siano destinate al *reversal* certo già entro i primi mesi dell'esercizio successivo quando i crediti/debiti verranno riscossi/pagati. Parimenti può essere il caso di altri accantonamenti collegati al rapporto lavoro: ad esempio, i premi correlati ai risultati del gruppo che vengono accantonati nell'esercizio di competenza (quando ancora non sono certi nell'*an*) e pagati (con utilizzo del fondo) nell'esercizio successivo, quando è possibile verificare l'effettivo conseguimento dei risultati del gruppo lato estero potrebbero essere deducibili fin dall'esercizio in cui viene stanziato l'accantonamento qualora il pagamento venga effettuato entro i termini di presentazione della dichiarazione dei redditi.

- Relativamente alle variazioni non permanenti (*timing differences*) a riversamento incerto, si osserva quanto segue:
 - a) fino ad oggi, il provvedimento n. 143239 del 16 settembre 2016 contemplava modalità di determinazione semplificata per l'effettuazione del *tax rate test* che, con l'obiettivo di favorire il contribuente evitando che possano assumere rilievo disallineamenti di livello impositivo solo momentanei, si basavano sulla possibile eliminazione, ai fini del calcolo dell'imposta estera e di quella virtuale italiana, delle variazioni temporanee a riversamento certo. In questo senso, molti operatori hanno ritenuto, non senza fondamento, di poter anche scegliere di non avvalersi di queste semplificazioni che implicano pur sempre di effettuare un'analisi non sempre semplice e di dare rilevanza, in ipotesi, a tutte le variazioni temporanee, senza operare distinzioni tra quelle a riversamento incerto e quelle a riversamento certo;

- b) lo schema di provvedimento introduce – a quanto sembra – una novità ispirata ad una logica diversa. Relativamente alle variazioni non permanenti (*timing differences*) a riversamento incerto, infatti, la novità introdotta dallo schema di provvedimento (punto 5.1, lett. d) e dalla bozza di circolare (pagg. 45-48) prevede che tra le variazioni non permanenti da considerare irrilevanti vadano incluse anche quelle a riversamento incerto che diano luogo all'estero ad un'anticipazione della tassazione dei ricavi o ad una posticipazione della deduzione dei costi e, in Italia, ad una posticipazione della tassazione dei ricavi o all'anticipazione del computo dei costi. Ciò perché, ad avviso dell'Agenzia, in questo caso non si possono mai verificare i paventati effetti negativi per il fisco, ricollegabili al fatto che le variazioni a riversamento incerto potrebbero incrementare il *tax rate* estero o ridurre l'imposta virtuale italiana.

Questa nuova previsione, tuttavia, parrebbe assumere un carattere non più facoltativo ma obbligatorio, perché pone regole a sfavore del contribuente e chiaramente in antitesi rispetto a quelle seguite ai fini della quantificazione analitica dell'imposta estera (nonché di quelle che sarebbero state applicate in sede di quantificazione analitica dell'imposta virtuale italiana). Sul versante estero, in particolare, la regola in questione comporta, come accennato, che le maggiori imposte che si rendono dovute per effetto di un'anticipazione della tassazione dei ricavi o di una posticipazione della deduzione dei costi non debbano essere considerate ai fini dell'ETR.

Al riguardo, merita osservare che se si deve concludere – come parrebbe – per il carattere vincolante di questa novità, potrebbero crearsi criticità e dubbi assai significativi. Da un lato, infatti, i contribuenti si troverebbero in presenza di un'innovazione non sempre facile da gestire sul piano applicativo: in particolare, coloro che in precedenza, per motivi di semplicità, avessero dato rilevanza, analiticamente, a tutte le variazioni, senza alcuna distinzione, devono ora abbandonare questo criterio, per lo meno per le fattispecie riconducibili a questa nuova previsione. Dall'altro lato, potrebbero comunque venirsi a determinare divergenze anomale e inaccettabili laddove queste variazioni dal bilancio siano previste in modo analogo o, comunque, tendenzialmente equivalente, nello Stato estero e in quello italiano: si pensi, ad esempio,

ai dividendi rilevati in bilancio per competenza e tassati per cassa tanto nello Stato estero quanto nello Stato italiano. Con la suddetta regola, nello Stato estero la variazione in diminuzione sarebbe rilevante e non potrebbe essere sterilizzata (in quanto comporta la posticipazione della tassazione di un provento), mentre nello Stato italiano la medesima variazione in diminuzione sarebbe irrilevante e dovrebbe essere sterilizzata (proprio perché comporta la posticipazione della tassazione dei proventi). Si dovrebbe, quindi, quanto meno chiarire che il principio dettato dallo schema di provvedimento non opera quando le variazioni sono identiche o, comunque, tendenzialmente simili nei due Stati e non si verifica alcun significativo disallineamento tra le rispettive basi imponibili;

- c) il carattere obbligatorio delle regole del nuovo provvedimento sembra emergere poi in modo ancora più evidente con riguardo alle imposte sostitutive assolute all'estero per il riconoscimento di maggiori valori fiscali; ipotesi a cui viene estesa l'applicazione della novità sopra descritta. Nello schema di circolare viene affermato, infatti, che l'imposta sostitutiva pagata dalla CFC in via anticipata a fronte di minori imposte da assolvere in un futuro indefinito (ipotesi questa, caratterizzata da un'anticipazione della tassazione a fronte di una minore imposta estera che si renderà dovuta al momento, indefinito, del realizzo dei beni) non può essere computata tra le imposte estere nel periodo di pagamento, ma è destinata ad assumere rilievo solo al momento del realizzo (sommandosi alle minori imposte che verranno pagate in futuro). Qui, evidentemente, non si pone un problema di variazioni fiscali operate in applicazione del regime ordinario di tassazione del reddito di periodo e da considerare rilevanti (ovvero, in ipotesi, facoltativamente irrilevanti), ma di un criterio convenzionale e vincolante di imputazione temporale delle imposte assolute per ottenere nuovi e più elevati valori fiscali che rilevano nelle vicende reddituali future. Se così è, andrebbe in ogni caso, ben chiarito – sia per le regole sub b) che per quelle sub c) – il profilo di decorrenza temporale delle modalità di computo divenute obbligatorie.

- Sempre in tema di variazioni temporanee, non è chiaro come ci si debba comportare in caso di un alternarsi di ingressi e fuoriuscite dal regime CFC. Lo schema di provvedimento (punto 5.1, lett. d) si limita a prevedere, infatti, che

non sono sterilizzabili le predette variazioni ove esse siano “*state considerate rilevanti ai fini del confronto tra tassazione effettiva estera e tassazione virtuale interna nei periodi d'imposta precedenti a quello di entrata in vigore del decreto legislativo n. 147 del 2015*” e nulla stabilisce per i casi in cui il regime di CFC venga ad essere applicato in modo discontinuo. A riguardo, dovrebbe essere chiarito a nostro avviso che:

- a) le variazioni temporanee che originano nell'esercizio in cui la società diviene (o torna ad essere) CFC vanno sempre trattate nei modi anzidetti – e, quindi, occorre sterilizzarne o meno gli effetti, a seconda che siano a riversamento certo oppure no – senza considerare se, in futuro, continuerà o meno a trovare applicazione il regime di CFC;
- b) le variazioni temporanee pregresse che producono un riversamento nell'esercizio in parola o negli esercizi successivi in cui si protrae il regime di CFC, in linea di principio, andrebbero trattate diversamente a seconda che attengano o meno ad un esercizio pregresso in cui la società ha applicato il regime di CFC: nel primo caso (applicazione pregressa della CFC) dovrebbero essere trattate, a nostro avviso, in modo consequenziale al trattamento dato in tale pregresso esercizio in cui ha trovato applicazione il regime di CFC; nel secondo caso (non applicazione in precedenza della CFC) non andrebbero considerate e in luogo di esse andrebbero assunti i dati del bilancio chiuso antecedentemente all'ingresso (o nuovo ingresso) nella CFC.

Dallo schema di circolare, tuttavia, sembra evincersi un'impostazione diversa che privilegia il monitoraggio dei valori fiscali dell'entità estera.

In particolare si afferma che, anche ai fini dell'ETR *test*, l'impresa può scegliere di adottare come valori di partenza quelli risultanti dall'ultimo bilancio dell'entità estera antecedente all'acquisizione del controllo, anche se non ricorrono le ulteriori condizioni per l'applicazione della disciplina CFC, e di aggiornare e tenere memoria di tali valori (cd. “monitoraggio”) negli esercizi successivi sulla base degli imponibili e delle perdite dell'entità estera determinati in base alla disciplina domestica. In alternativa, nella stessa circolare, si ammette che possano essere assunti, anche ai fini dell'ETR *test*, i valori di bilancio dell'esercizio antecedente rispetto a quello di concreta applicazione del regime CFC.

In coerenza con questa impostazione, quindi, l'attivazione del monitoraggio viene in pratica considerata equivalente ad una virtuale applicazione, anticipata e in continuità – fino a quando perdura – del regime CFC.

In quest'ottica, si dovrebbe precisare che i *reversal* derivanti da variazioni relative ad esercizi compresi fra quelli monitorati assumono rilevanza, ove vengano ad interessare l'esercizio o gli esercizi in cui viene ad operare (o ad operare di nuovo) il regime di CFC, anche se tali variazioni attengono ad esercizi monitorati in cui non ha trovato applicazione la tassazione per trasparenza. Questa precisazione, peraltro, sarebbe il corollario della rilevanza che viene attribuita nello schema di circolare alle perdite virtuali maturate nel periodo di monitoraggio; perdite che sono comunque compensabili con gli imponibili di esercizi successivi soggetti a tassazione per trasparenza.

Sembrerebbe poi logico ammettere che il monitoraggio in questione, almeno ai fini dell'ETR *test*, possa essere effettuato anche al di fuori della compilazione della dichiarazione dei redditi, sulla base di calcoli ed evidenze documentali interne da mettere a disposizione, a richiesta, dei competenti organi dell'Amministrazione finanziaria. Ciò in considerazione del fatto che, in presenza di rapporti partecipativi plurimi e variamente articolati, gli adempimenti dichiarativi divengono particolarmente onerosi.

Nel particolare caso, poi, che il monitoraggio venga a cessare – perché, ad esempio, il contribuente, in presenza dell'esimente in un determinato esercizio, scelga di interromperlo – e l'entità divenga in un nuovo esercizio CFC, in base allo schema di circolare in consultazione (e alla circolare n. 23/E del 2011) sembra che si debbano prendere a riferimento i valori risultanti dal bilancio della controllata estera relativo all'esercizio anteriore a quello di reingresso nel regime CFC. Non è chiaro se questo riferimento a nuovi valori fiscali assorba e azzeri tutte le variazioni operate e considerate rilevanti negli esercizi precedenti in cui sia stata eventualmente applicata la disciplina CFC, tenuto conto che alcune di queste variazioni possono prescindere dai valori contabili e fiscali dei beni (cfr. ad esempio, le variazioni dovute agli interessi indeducibili per incapienza del ROL).

- Sotto altro profilo, sarebbe opportuno che venisse confermato l'orientamento espresso nella circolare n. 23/E del 2011 (par 2.6) secondo cui, ai fini del calcolo dell'ETR estero, le imposte sul reddito da confrontare con l'utile *ante*

imposte risultante dal bilancio dell'entità controllata possono essere computate senza tener conto degli effetti derivanti dalla compensazione operata all'estero tra l'imponibile dell'esercizio e le perdite pregresse. Ciò per evidenti ragioni di semplificazione, tenuto conto che in caso contrario, per rendere omogenea la comparazione con l'imposta virtuale italiana, si renderebbe necessario ricostruire le perdite pregresse che sarebbero maturate in applicazione delle disposizioni domestiche nei periodi di imposta precedenti.

Laddove, invece, le imprese intendano attribuire una rilevanza alle perdite estere e alle perdite virtuali italiane, vi è una esigenza di monitoraggio dei valori (e delle variazioni fiscali virtuali) che, come già osservato nel punto precedente, dovrebbe comunque poter essere soddisfatta anche tramite la predisposizione e la tenuta di documentazione interna all'impresa, senza dover necessariamente compilare il quadro FC della dichiarazione dei redditi.

3.6. Un altro tema che andrebbe meglio chiarito ai fini del *tax rate*, riguarda il coordinamento dei criteri fiscali da applicare nel confronto tra il *tax rate* estero e quello virtuale domestico con i criteri di determinazione dell'imponibile. Ai fini del *tax rate* si dice chiaramente che occorre fare riferimento ai criteri contabili applicati nel bilancio estero al punto che, se tali criteri sono quelli dei soggetti IAS, va applicata la relativa disciplina fiscale a prescindere dai criteri adottati dal socio controllante in Italia. A pag. 88 dello schema di circolare dell'Agenzia, a proposito della determinazione dell'imponibile da assoggettare a tassazione in regime di CFC, si aggiunge qualcosa in più e, cioè, che se il soggetto estero, in base alla sua legislazione, può essere identificato come un soggetto finanziario trovano applicazione i criteri previsti in Italia per i soggetti finanziari. Occorrerebbe chiarire se questo principio vale – come sembrerebbe logico – anche ai fini del computo del *tax rate* estero e domestico. E se così fosse, questa impostazione andrebbe anticipata già nel par. 4 dello schema di circolare.

4. Il conseguimento da parte del soggetto estero controllato di proventi *passive* (par. 5 dello schema di circolare)

Sull'identificazione dei proventi *passive*, lo schema di circolare tocca vari aspetti che meritano di essere esaminati distintamente.

4.1. Proventi realizzati

Lo schema di circolare (pag. 69) chiarisce, innanzitutto, che i proventi "realizzati" dalla società controllata si assumono, ai fini del *passive income test*, "così come risultanti in

contabilità e a prescindere dalla loro valenza fiscale” e che la verifica va effettuata con riferimento a tutte le categorie reddituali elencate “considerando i proventi che concorrono alla determinazione dei redditi ivi indicati (da proprietà intellettuale, da leasing finanziario/attività assicurativa, bancaria e altre attività finanziarie), dunque al lordo degli eventuali costi sostenuti, o le plusvalenze da cessione di proprietà intellettuale o di partecipazioni”. Sono compresi anche i “proventi di natura valutativa imputati a conto economico, derivanti sia dalle attività c.d. “passive”, sia dalle altre attività”, non potendosi riconoscere valenza innovativa alla sostituzione del termine “conseguiti” con il termine “realizzati”, così come risulta dalla relazione illustrativa del decreto di recepimento.

Resta, peraltro, confermato l’approccio adottato dall’Agenzia nella circolare n. 23/E del 2011 per le componenti reddituali imputate, in base ai criteri IAS, direttamente a stato patrimoniale del bilancio: esse assumeranno rilievo nel periodo di “rilascio” a conto economico, oppure immediatamente, ove l’imputazione a conto economico non sia prevista.

4.2. Proventi derivanti da attività assicurativa, bancaria e altre attività finanziarie

Lo schema di circolare (pagg. 72-73) modifica *in peius* la precedente impostazione della circolare n. 23/E del 2011, che escludeva dal novero dei *passive income* i proventi “non riconducibili al mero sfruttamento “passivo” del capitale” derivanti dall’attività di gestione, detenzione ed investimento in strumenti finanziari esercitata per conto terzi da soggetti qualificati come intermediari finanziari; così come escludeva i proventi finanziari (interessi, dividendi, ecc.) delle imprese assicurative, derivanti dalla gestione degli “investimenti obbligatori a copertura delle riserve tecniche effettuati, sulla base della specifica normativa di settore, da soggetti sottoposti a vigilanza da parte delle competenti Autorità locali”.

La ricomprensione di queste fattispecie nel novero dei *passive income* nasce, probabilmente, dalla diversa impostazione seguita dalla direttiva ATAD – che assume genericamente tra i *passive* anche i “redditi da attività assicurativa, bancaria e altre attività finanziarie” – rispetto alla precedente formulazione dell’art. 167 del TUIR che poneva riferimento, invece, ai proventi derivanti dalla detenzione o dall’investimento in titoli, partecipazioni, ecc., e dunque consentiva, in via interpretativa, di dare rilevanza solo ai proventi conseguiti “in proprio” dalle imprese bancarie e assicurative. Se si tiene conto, poi, del fatto che il legislatore italiano non si è avvalso neanche della facoltà di escludere dall’ambito applicativo del regime di CFC le imprese finanziarie controllate che non conseguono redditi, per oltre un terzo, da operazioni “con il contribuente o le

sue imprese associate”, si può essere indotti ad ipotizzare un notevole aggravio per queste imprese. Va, tuttavia, considerato che, rispetto al previgente regime di CFC, non è più richiesto il “radicamento” dell’impresa nello Stato estero, né la prova “rafforzata” precedentemente imposta a questi soggetti sulla localizzazione delle fonti e degli impieghi del capitale e, di conseguenza, può assumere oggi piena efficacia l’esimente che consente di disapplicare la CFC ove si dimostri che il soggetto controllato svolge *“un’attività economica effettiva, mediante l’impiego di personale, attrezzature, attivi e locali”*.

4.3. *I passive derivanti da operazioni infragruppo*

La direttiva ATAD, all’art. 7, par. 2, lett. a), include nei *passive*, tra l’altro, i proventi delle società c.d. 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”*.

L’art. 167 del TUIR, nella sua nuova formulazione, attua questa previsione al comma 4, lett. a), punti 6 e 7, stabilendo rispettivamente che rientrano nei *passive*:

- *“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”*.

Sul tema, lo schema di circolare dell’Agenzia interviene chiarendo che, per quanto attiene alle compravendite di beni, rientrano in questa previsione non solo le società che acquistano beni da società del gruppo e li rivendono ad altre società del gruppo, ma anche quelle che acquistano beni da soggetti terzi e li rivendono a società del gruppo, nonché quelle che rivendono a soggetti terzi beni acquistati da imprese del gruppo. Ed anche per quanto riguarda i servizi, rientrano nella previsione normativa non solo le società che prestano servizi ad altre società del gruppo ma anche quelle

che acquistano servizi da società del gruppo e li “scambiano” con soggetti terzi e viceversa. Fermo restando, naturalmente, che per entrambe le fattispecie di compravendita di beni e di prestazioni di servizi, deve essere riscontrato anche l'ulteriore requisito del valore aggiunto “scarso o nullo”.

Il tema è molto dibattuto in dottrina e presso gli operatori del settore. Si sostiene infatti che, in aderenza alle indicazioni della direttiva ATAD, questa previsione dovrebbe essere limitata alle sole società “di fatturazione” che pongono in essere operazioni *intercompany* e, cioè, operazioni che si esauriscono nell'ambito del gruppo, senza coinvolgere terzi indipendenti e che comportano come tali risorse interne “irrisorie”, determinando dunque, nella sostanza, un mero “ribaltamento” dei proventi da una consociata ad un'altra. Ed in questo senso, si fa osservare, si era precedentemente espressa anche l'Agenzia in una risposta ad interpello rimasta inedita.

In senso contrario, viceversa, nello schema di circolare – richiamando anche la definizione di c.d. “*invoicing companies*” contenuta nel par. 78 dell'*Action 3* – l'Agenzia pone in evidenza che “*la disposizione tende ad attrarre nell'ambito della CFC rule quelle società le cui operazioni, senza apportare valore aggiunto apprezzabile, sono rivolte al gruppo nella fase attiva e/o nella fase passiva potendo tali operazioni essere sintomatiche dell'esistenza di rischi di trasferimento di base imponibile nazionale a favore di giurisdizioni che prevedono livelli di tassazione significativamente inferiori*” (pag. 75). Pertanto, ai fini del *passive income test* dovrebbero rilevare non solo i proventi derivanti da operazioni meramente interne al gruppo, ma anche i proventi derivanti da operazioni *intercompany* che coinvolgono soggetti terzi indipendenti come, ad esempio, quelli derivanti da cessioni a terzi di beni acquisiti infragruppo e, viceversa, da cessioni infragruppo di beni acquisiti da terzi.

Al di là dei dubbi che la tematica solleva, per quanto ci riguarda preme evidenziare che le società che operano, ad esempio, come centri di distribuzione dei prodotti del gruppo hanno una funzione economica “strategica” per l'organizzazione del gruppo stesso: esse costituiscono cioè un anello tipico della “filiera” commerciale (soprattutto ai fini dell'esportazione del prodotto in altri Stati) che ne giustifica l'esistenza e l'operatività e che, anche nella prospettiva dell'OCSE, svolgono un'attività – quella, per l'appunto, di commercializzazione dei prodotti del gruppo – che non può essere considerata di per sé marginale. Pertanto, anche al fine di scongiurare possibili contestazioni future – contestazioni che implicano, com'è evidente, una serie di oneri non di poco conto per la società chiamata a dimostrare di svolgere un'attività reale, non marginale, che apporta un valore aggiunto al gruppo, ecc. – sarebbe quanto meno necessario delimitare più efficacemente il concetto di “*valore economico scarso o*

nullo”, specificando che, in ogni caso, il contributo che la partecipata estera apporta alla catena del valore del gruppo tramite lo svolgimento di funzioni di commercializzazione, logistica, selezione delle forniture, ecc., non può mai essere considerato “a scarso valore aggiunto”.

Quanto poi alle prestazioni di servizi – prescindendo in questa sede dai servizi bancari e assicurativi che sono oggetto di una previsione autonoma – non dovrebbero rientrare in questo regime quelle rese dalla società estera, come suo oggetto sociale, indifferentemente alle società del gruppo o a terzi indipendenti, in base a prezzi di mercato.

5. Circostanza esimente (par. 6 dello schema di circolare)

Conformemente alla direttiva ATAD, la nuova esimente indicata nell'art. 167, comma 5, del TUIR stabilisce che il regime di CFC non trova applicazione se si dimostra che *“il soggetto controllato non residente svolge un'attività economica effettiva, mediante l'impiego di personale, attrezzature, attivi e locali”*.

Lo schema di circolare dell'Agenzia interpreta correttamente questa esimente, concepandola sostanzialmente, in conformità alle indicazioni della Corte di Giustizia UE, come un'“evoluzione” di quella prevista nella precedente formulazione dell'art. 167, al comma 8-ter, del TUIR e, cioè, dell'esimente che nell'ambito del previgente regime di CFC *white* consisteva nella dimostrazione che l'insediamento all'estero non rappresentasse una costruzione artificiosa. Infatti, in continuità con questa precedente formulazione, l'Agenzia pone in evidenza come anche la nuova esimente sia idonea ad operare per tutte le attività esercitate all'estero, comprese, quindi, quelle non prettamente “commerciali” e, cioè, le attività c.d. “civili” quali, ad esempio, quelle di gestione di immobili, di investimento di altro tipo, di *holding* anche non “dinamiche”, ecc. In tutti questi casi – osserva l'Agenzia – l'espressione utilizzata dalla norma *“mediante l'impiego di personale, attrezzature, attivi e locali”* deve essere necessariamente “calibrata” in relazione al tipo ed alla dimensione dell'attività, fornendo idonea documentazione.

La scelta del legislatore è stata, poi, quella di applicare – com'è noto – quest'unica esimente tanto agli insediamenti nell'UE e negli Stati dello Spazio economico europeo che consentono lo scambio di informazioni, quanto agli insediamenti in Stati o territori extra UE, ivi compresi quelli a regime fiscale privilegiato per i quali in precedenza era prevista una diversa e più puntuale esimente, consistente nella dimostrazione di un'effettiva attività industriale o commerciale.

Tutto ciò premesso, il dubbio emerso nel corso delle interlocuzioni con le nostre consociate verte sul coordinamento delle affermazioni contenute a pag. 81 dello schema di circolare, laddove si precisa che *“per 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”* e si aggiunge che ciò vale sia *“qualora l'entità controllata estera svolga sia attività c.d. “passive” sia altre attività”*, con quelle della successiva pag. 82, laddove si precisa che al fine di evitare fenomeni di c.d. *swamping* – “innestando” solo formalmente *“una o più attività da cui derivano redditi “passive” all'interno di un'adeguata struttura (in termini di personale, attrezzature, attivi e locali) riferibile ad altre attività”* – l'Amministrazione finanziaria, in sede di verifica, può ricorrere alla disciplina sui prezzi di trasferimento in relazione alle operazioni fra il soggetto controllante residente e la controllata estera che abbiano determinato un fenomeno di “distoglimento” di base imponibile a danno dell'Italia, nonché all'istituto dell'esterovestizione, del beneficiario effettivo ed alle procedure di cooperazione amministrativa con gli altri Stati (in quest'ultimo caso, evidentemente, per le erosioni di base imponibile *“foreign to foreign”*).

Secondo una certa ricostruzione interpretativa, sembrerebbe che l'Agenzia abbia voluto in questo modo aderire alla tesi secondo cui in caso di società estere svolgenti sia attività dalle quali siano ritraibili *passive* sia attività generatrici di *active income*, l'onere di assolvimento della prova riguarderebbe l'attività considerata nel suo complesso, senza cioè dover specificamente dimostrare l'esimente in relazione a ciascuna delle attività esercitate. E, di conseguenza, per evitare fenomeni di “innesto” solo formale, nel tessuto produttivo del soggetto estero, di attività da cui derivano *passive* si debba procedere, per l'appunto, con le discipline del *transfer pricing*, dell'esterovestizione, del beneficiario effettivo, ecc.

Secondo un'altra tesi, la suddetta ricostruzione interpretativa risulterebbe in contraddizione con l'approccio *jurisdictional* prescelto dall'Italia e, cioè, quello di tassare anche i redditi *active* laddove i *passive income* superino un terzo dei proventi complessivi e ciò perché l'attività produttiva di questi *active* attratti a tassazione in regime di CFC fungerebbe in questo modo da esimente – ove tale attività risulti effettiva – anche per i *passive income*. Sicché l'impostazione corretta sarebbe quella di dare idonea prova tanto per le attività produttive di *active*, quanto per quelle generatrici di *passive*. Il punto andrebbe meglio chiarito. Comunque, se si aderisce a questa seconda tesi, dovrebbe essere precisato che il ricorso alle menzionate discipline del

transfer pricing, dell'esterovestizione, del beneficiario effettivo, ecc. esula dal regime di CFC e, anzi, ne precede concettualmente l'operatività in quanto il regime di CFC deve essere applicato, secondo le indicazioni sia dell'Action 3 che dell'ATAD, quale misura di *back-stop* finale.

6. Determinazione, attribuzione e tassazione del reddito del soggetto estero controllato (par. 7 dello schema di circolare)

In tema di determinazione, attribuzione e tassazione del reddito della CFC, un aspetto di qualche rilievo tecnico è già stato segnalato nel paragrafo relativo al concetto di controllo e in quello relativo alla determinazione del *tax rate* estero: intendiamo riferirci, in particolare, all'ipotesi di partecipazione agli utili che la controllata estera deduce dal proprio imponibile, deduzione che andrebbe corretta sulla base delle regole domestiche previste dagli artt. 44 e 109 del TUIR; quanto al *tax rate* estero, per i *reversal* di variazioni temporanee (cd. *timing differences*) relative ad esercizi pregressi – in presenza di applicazione discontinua del regime di CFC – si pongono problematiche analoghe a quelle già evidenziate nel par.3.5.

In relazione poi alle perdite dell'entità estera suscettibili di essere compensate con l'imponibile della CFC, lo schema della circolare afferma che il relativo utilizzo è subordinato al mantenimento, in continuità, del monitoraggio dei valori fiscali tramite la compilazione del quadro FC della dichiarazione, anche laddove, eventualmente in un determinato esercizio monitorato, la disciplina di tassazione per trasparenza non si sia resa applicabile per effetto della sussistenza della circostanza esimente. In proposito, sembrerebbe opportuno ammettere – anche ai fini della tassazione, così come abbiamo già proposto nel par. 3.5 in tema di ETR – la possibilità di effettuare il monitoraggio dei valori idoneo a consentire l'utilizzo delle perdite pregresse della CFC in via "interna" e, cioè, anche al di fuori della compilazione della dichiarazione e, in ogni caso, riconoscere l'emendabilità delle dichiarazioni in questione, per consentire l'indicazione *ex post* delle perdite virtuali risultanti dall'applicazione della disciplina domestica.

Sotto altro profilo, lo schema della circolare esclude la possibilità che, in sede di determinazione dell'imponibile della CFC, possa tenersi conto di regimi opzionali o di agevolazioni. Questo tema, molto dibattuto tra gli operatori, dovrebbe essere attentamente valutato in considerazione del fatto che l'art. 167 del TUIR fa rinvio, salvo talune circoscritte eccezioni, a tutti i criteri di determinazione dell'imponibile valevoli agli effetti dell'IRES, anche se l'espressa esclusione della disciplina ACE pone la questione in termini problematici.

Preme, infine porre l'attenzione su un problema più concettuale. Nello schema di circolare è espressamente precisato (pag. 95) come anche nel contesto della nuova disciplina venga confermata *“la tassazione separata dei redditi della CFC”* e come questa impostazione abbia *“quale conseguenza quella di evitare che perdite generate in Paesi a bassa fiscalità possano essere utilizzate in compensazione degli utili del soggetto controllante residente”*. Quindi, anche nel nuovo regime di CFC resta fermo il principio del riporto in avanti delle eventuali perdite prodotte dalla società controllata estera; perdite che potranno essere utilizzate dalla controllante residente in futuro unicamente per compensare i redditi prodotti dal soggetto controllato estero nei periodi d'imposta successivi e che le verranno imputati secondo la disciplina CFC.

Meno chiaro è, invece, il motivo per cui il principio della “segregazione” del reddito o della perdita della CFC dovrebbe comportare – come precisa lo schema di circolare – l'ulteriore effetto di escludere *“la compensazione opposta, ossia la compensazione delle eventuali perdite del soggetto residente con gli utili prodotti dalla CFC”*.

Si tratta, a nostro avviso, di una soluzione che, benché applicata fino ad oggi anche nei precedenti regimi di CFC senza soluzione di continuità, andrebbe ulteriormente meditata alla luce della direttiva ATAD che non pone alcun limite in tal senso. Sebbene, infatti, la tassazione segregata della CFC sia sicuramente una soluzione corretta sotto il profilo sistematico – in quanto impedisce, per ovvi motivi, di utilizzare le perdite della CFC a compensazione dei redditi dell'impresa controllante – non si vede il motivo per non consentire tale compensazione nel caso inverso e, cioè, nel caso in cui sia la controllante residente in Italia a subire perdite; perdite la cui esistenza ed il cui esatto ammontare possono essere agevolmente verificati dalla nostra Amministrazione finanziaria con tutti gli ordinari strumenti giuridici a sua disposizione.

D'altronde, la possibilità di operare la compensazione dell'utile della controllata estera con l'eventuale perdita di esercizio della controllante residente, a ben guardare, non solo non confligge con le prescrizioni delle direttive ATAD, ma rappresenta a nostro avviso un'opzione interpretativa ragionevole e semplificatoria. In particolare, la sua opportunità andrebbe attentamente valutata per il futuro, eventualmente anche intervenendo con apposita modifica normativa laddove fosse ritenuto necessario, alla luce degli effetti che l'emergenza epidemiologica continua a riverberare tuttora sull'economia del nostro Paese, soprattutto nell'ottica di assicurare maggiore competitività alle nostre imprese in un contesto in cui, in assenza di prescrizioni limitative della direttiva ATAD, gli altri Stati UE decidano di dare rilevanza alla compensazione di tali perdite.

7. Le operazioni straordinarie (par. 8 dello schema di circolare)

7.1. Spostamento di sede

Nello schema di circolare si afferma che lo spostamento di sede in altro Stato estero può comportare il venir meno del regime CFC senza alcun assoggettamento ad *exit tax*. In particolare, viene evidenziato (pag. 99) che *“il trasferimento di sede in un altro Stato estero di una CFC, già tassata per trasparenza in Italia, si considera alla stregua di un cambiamento di regime fiscale della società stessa, mentre non trova applicazione la c.d. exit tax di cui all'articolo 166 del TUIR, non verificandosi un trasferimento di sede al di fuori del territorio italiano”*.

Questa soluzione ci sembra del tutto condivisibile, così come quella di escludere l'applicabilità della disciplina dell'*entry tax* prevista dall'art. 166-bis del TUIR nel caso di *“ingresso di beni in un regime CFC”*; fattispecie questa che *“non è infatti equiparabile a un trasferimento di sede in Italia o alle altre fattispecie previste dal comma 1 del predetto articolo”* (pag. 100). Peraltro, i valori di ingresso nel regime CFC sono espressamente disciplinati dal d.m. n. 429 del 2001.

Meno condivisibile, invece, appare la tesi secondo cui, qualora il socio controllante italiano scelga di *“rimpatriare”* la CFC attraverso il trasferimento della sede societaria in Italia, non si rende applicabile la disciplina dell'*entry tax* prevista dall'art. 166-bis del TUIR. Secondo lo schema di circolare, infatti, lo spostamento della sede della CFC in Italia comporterebbe il mantenimento in continuità dei valori patrimoniali della società così come hanno assunto rilevanza ai fini della CFC. A nostro avviso, nel caso in esame dovrebbe invece trovare applicazione l'art. 166-bis del TUIR e, quindi, a seguito dell'ingresso in Italia della CFC si dovrebbe rendere applicabile l'*entry tax*, come abbiamo meglio evidenziato nella nostra recente circolare in materia di *exit/entry tax* (cfr. circolare n. 24 del 4 agosto 2021).

7.2. Operazioni di fusione e scissione

Nello schema di circolare si afferma il principio (pag. 103) che tali operazioni sono neutrali se: *“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; c) l'operazione produca effetti in Italia sulla posizione fiscale di almeno un soggetto coinvolto”*.

In assenza di tali requisiti e, in particolare, dei requisiti *sub a)* e *b)*, l'operazione deve essere considerata realizzativa per la società che viene "liquidata" (*rectius*: che trasferisce il proprio patrimonio all'altra), con la conseguenza che se essa è in regime di CFC subisce la tassazione in Italia.

A questo riguardo non appare, a nostro avviso, del tutto chiaro il motivo per cui si richiede la verifica del requisito *sub b)*: considerato che l'ente in regime di CFC è tassato, per definizione, come un'impresa, esso dovrebbe beneficiare della neutralità in relazione al trasferimento del proprio patrimonio; quanto alla natura dell'altro ente coinvolto nell'operazione in qualità di beneficiario, se anch'esso è ricompreso nel regime di CFC subisce la tassazione come impresa; se non è CFC è un soggetto del tutto estraneo alla nostra potestà impositiva e la sua natura non dovrebbe avere alcuna rilevanza. Dovrebbe, cioè, essere sufficiente il fatto che l'operazione sia considerata neutrale (*i.e.*: successoria) nello Stato in cui l'operazione è realizzata.

Quanto al requisito *sub c)*, sotto un certo profilo esso è corretto poiché se all'operazione partecipano soggetti esteri non in regime di CFC, l'operazione è irrilevante per il nostro ordinamento sicché non occorre stabilirne la natura, neutrale o realizzativa. Tuttavia, potrebbe anche verificarsi il caso che l'operazione coinvolga soggetti partecipati da soci italiani e, in tale ipotesi, per questi soci permane la necessità di verificare se l'operazione è realizzativa o meno, in ragione del tipo di regime impositivo riservato alle partecipazioni possedute.

7.3. Operazioni di conferimento

Sulle operazioni di conferimento lo schema di circolare dell'Agenzia prende importanti posizioni. In analogia con quanto previsto dall'art. 176 del TUIR, si afferma innanzitutto la neutralità di un conferimento che una società in CFC faccia della propria azienda sita nel suo Stato ad altra società in CFC del proprio Stato o ad altra società non in CFC del proprio Stato oppure ad una società (in CFC o non in CFC) residente in altro Stato.

A ciò si aggiunge che la neutralità permane anche quando la società in CFC conferisca a società residente in altro Stato una sua stabile organizzazione estera (cioè, dislocata fuori dal territorio di localizzazione della società in CFC), sancendo in questo modo la natura neutrale dell'operazione anche oltre i limiti di un'applicazione analogica dell'art. 176. Ciò si giustifica, ad avviso dello schema di circolare, in ragione del fatto che in tema di CFC non si rende applicabile – come già detto per il trasferimento di sede dallo Stato in cui risiede la CFC in altro Stato estero – la tassazione "in uscita" di cui all'art. 166 del TUIR.

La soluzione dell'Agenzia ci sembra corretta proprio in ragione delle differenti conseguenze delle due operazioni dal punto di vista della pretesa erariale. Infatti, il conferimento da parte di un soggetto residente della propria stabile organizzazione all'estero a favore di un soggetto non residente comporta la perdita della sovranità impositiva domestica sulla stabile stessa (prima appartenente a un soggetto residente e, poi, ad un soggetto non residente): sovranità che "si trasferisce" dai beni di primo grado – *i.e.*: l'azienda e i suoi utili d'impresa tassati in ciascun periodo d'imposta presso la sede centrale in Italia – ai beni di secondo grado (ossia le partecipazioni ricevute in conseguenza del conferimento, che potranno generare materia imponibile soltanto se e quando siano oggetto di atti di realizzo e, oltretutto, con la probabile applicazione del regime di *participation exemption*). Nel caso, invece, di conferimento da parte di una controllata non residente della propria stabile organizzazione all'estero a favore di altro soggetto non residente, la stabile estera di un soggetto controllato non residente non è di per sé sottoposta (né prima, né dopo il conferimento) alla potestà impositiva dell'ordinamento italiano, ove si tratti di stabile non soggetta al regime di CFC. Qualora, invece, ne sia soggetta, torna logicamente applicabile il regime di neutralità previsto per i soggetti sottoposti a CFC.

In definitiva, in questo complesso contesto, in cui tutti gli Stati esteri vengono trattati, in sostanza, come se fossero un unico ordinamento (in quanto unitariamente sottoposto alle regole CFC, senza più distinzioni tra Paesi configurabili, di per sé, come *black* o *white*) i trasferimenti di sede "estero su estero" sono da riguardare come non realizzativi, alla stessa stregua dei trasferimenti all'interno del territorio nazionale. Parimenti, le operazioni straordinarie di fusione, scissione o conferimento "estero su estero" sono irrilevanti (al pari delle operazioni domestiche) se per analogia sussistono le condizioni generali, sopra ricordate, per il riconoscimento del regime di neutralità. E in questa stessa ottica, nel presupposto, per l'appunto, che ciò che avviene a livello "globale" tra Stati esteri sia da "riguardare" come se fosse avvenuto in Italia, dovrebbero, a nostro avviso, rendersi applicabili per analogia – ai medesimi fini della tassazione per trasparenza del soggetto controllante italiano o del calcolo dell'ETR – anche i regimi di conferimento controllato di cui agli artt. 175 e 177 del TUIR: operazioni su cui, invece, la circolare non si sofferma e su cui sarebbero utili opportuni chiarimenti.

Rispetto a tutte queste ipotesi, occorre invece distinguere, a nostro avviso, il trasferimento in Italia di una società controllata estera (in CFC o non in CFC): un'operazione che riteniamo segni una discontinuità rilevante, in quanto comporta che si separino nettamente le sorti (fiscali) del soggetto controllante rispetto a quello della

società controllata (diversa da una società di persone) divenuta residente, il cui reddito non potrà più in nessun caso essere imputato al socio.

8. Distribuzione degli utili (par. 10 dello schema di circolare)

Il tema degli utili che, in quanto tassati per trasparenza, non devono essere nuovamente assoggettati a tassazione all'atto della loro distribuzione ai soci si pone sia per gli utili tassati per trasparenza in misura piena sia per quelli tassati solo in parte: è quest'ultimo il caso, in particolare, in cui la CFC consegue dividendi da una partecipata *white* subendo la tassazione per trasparenza presso il socio italiano con le regole del nostro ordinamento e, quindi, fino al 5 per cento del loro ammontare.

Partendo per semplicità proprio da quest'ultimo caso, osserviamo che in precedenza (cfr.: circolare n. 51/E del 6 settembre 2010) l'Agenzia delle entrate aveva affermato che la tassazione per trasparenza del 5 per cento dell'ammontare del dividendo di 100 conseguito dalla CFC esauriva il prelievo fiscale presso il socio residente che, pertanto, non avrebbe dovuto scontare alcuna ulteriore imposizione in sede di successiva distribuzione dell'utile.

Questo approccio suscitava perplessità, soprattutto in relazione al socio persona fisica. Quest'ultimo, infatti, fruiva di un evidente beneficio, poiché veniva in tal modo sottoposto solo ad una tassazione per trasparenza sul 5 per cento dell'utile successivamente oggetto di "rimpatrio"; tassazione che se, invece, il dividendo fosse stato distribuito da una società partecipata italiana o estera (non in CFC) avrebbe subito sul 100 per cento del suo ammontare con aliquota al 26 per cento.

Per rimediare a questo inconveniente, lo schema di circolare (pag. 118) abbandona definitivamente questo approccio chiarendo che *"debbono considerarsi superate le precedenti indicazioni di prassi (fornite con la Circolare 51/e del 6 settembre 2010), secondo le quali era previsto che l'imposizione per trasparenza del reddito della CFC esaurisse il prelievo fiscale in relazione al medesimo reddito"*.

La nuova impostazione, infatti, è quella di non sottoporre ad ulteriore tassazione in capo al socio italiano gli utili distribuiti dalla CFC che originano da un reddito precedentemente tassato per trasparenza ai sensi del comma 8 dell'art. 167 *"fino a concorrenza"* di tale reddito. Precisamente, secondo lo schema di circolare, *"per ottemperare al disposto della direttiva, l'applicazione della disciplina CFC determina l'accumulo di un "basket" di utili della CFC tassati per trasparenza. Tale basket rappresenta una sorta di "franchigia" all'interno della quale gli utili successivamente*

distribuiti dalla CFC non dovranno scontare (di nuovo) l'imposizione in capo al partecipante residente".

Quindi, tornando al caso sopra ipotizzato, il *basket* – nel quale confluiscono gli utili della CFC tassati per trasparenza – non è di 100, ma di 5. Se poi la CFC, accanto ai dividendi tassati per il 5 per cento del loro ammontare, abbia conseguito anche ulteriori utili per 100 tassati interamente per trasparenza (con aliquota al 24 per cento) il *basket* salirebbe a 105. In tal caso, se la CFC distribuisse al socio 200 (100 tassati per intero e 100 tassati per 5), fino a 105 non vi sarebbe alcuna tassazione e l'ulteriore 95 verrebbe trattato come un dividendo di provenienza *white* da assoggettare integralmente a tassazione con l'aliquota del 26 per cento presso il socio persona fisica, ovvero solo per il 5 per cento del suo ammontare presso il socio soggetto IRES (con l'aliquota del 24 per cento).

Secondo l'Agenzia (pag. 120) *"in base a questa nuova impostazione, non è più necessario monitorare le riserve da cui saranno attinti gli utili della CFC. Ed infatti, sia nel caso in cui questi siano attinti da riserve accumulate in periodi di imposta in cui ha trovato applicazione la disciplina CFC con l'imputazione per trasparenza dei redditi in capo al socio controllante, sia se questi, viceversa, siano attinti da riserve maturate in altri periodi (ante o post applicazione della tassazione per trasparenza), fino a concorrenza dell'importo dei redditi assoggettati a trasparenza (l'importo del citato basket), gli utili distribuiti dalla CFC non concorreranno alla formazione del reddito del socio".* Inoltre l'Agenzia precisa che questa impostazione, come accennato, vale tanto per il socio IRPEF, quanto per il socio IRES.

La prima affermazione non appare, invero, del tutto chiara. Se, infatti, in presenza di utili assoggettati in regime di CFC a tassazione per il 5 per cento del loro ammontare occorre considerare di provenienza *white* i rimanenti 95, è pur sempre necessario tener memoria della provenienza degli utili (e quindi, dell'epoca in cui si sono formati) per distinguere quelli da considerare *black* o *white* ai fini della successiva distribuzione, in tutte le ipotesi in cui vi sia un'alternanza di ingressi e fuoriuscite dal regime di CFC, nonché nel caso in cui, pur essendo sempre verificate le condizioni di ingresso nel regime (*passive income* ed *ETR test*), l'esimente dell'attività economica effettiva sia stata dimostrata solo per alcuni periodi di imposta e non per altri.

Ma è la seconda affermazione quella di maggior interesse. In particolare, occorre verificare la sua idoneità a risolvere in modo soddisfacente il regime impositivo dei dividendi. E a questo proposito andrebbe, a nostro avviso, distinta la posizione del socio controllante IRPEF da quella del socio IRES.

Per il socio IRPEF l'impostazione adottata dal documento in consultazione appare più convincente di quella seguita in passato. Diverso è, invece, il problema che si pone per il socio IRES. Occorre considerare al riguardo che sebbene spesso si affermi, per motivi di semplificazione, che con il regime impositivo CFC la controllata estera è trattata allo stesso modo di una società residente in Italia, è chiaro che essa non rappresenta un ulteriore anello della catena partecipativa: il regime di CFC, cioè, è riconosciuto in tutto il mondo come strumento per tassare, nello Stato del socio controllante, non la CFC residente nello Stato estero – fenomeno che violerebbe i trattati e la potestà impositiva di tale Stato estero – ma lo stesso socio controllante che si è avvalso della CFC come “schermo” giuridico per distogliere basi imponibili localizzandole in giurisdizioni a basso o nullo livello di tassazione. In questa logica, occorre distinguere gli utili assoggettati a tassazione per trasparenza presso la CFC nel loro intero ammontare da quelli tassati solo sul 5 per cento del loro ammontare, in quanto dividendi conseguiti dalla CFC in relazione ad altra partecipata *white*.

I primi, avendo scontato una tassazione piena con l'aliquota del 24 per cento (e, cioè, con la stessa aliquota applicabile al reddito del soggetto controllante), a buon diritto, formano un *basket* di pari ammontare, fino a concorrenza del quale i dividendi incassati dal socio non possono subire un'ulteriore tassazione. Gli utili tassati, invece, per il 5 per cento del loro ammontare in regime di CFC (con l'aliquota del 24 per cento) in quanto dividendi provenienti da una partecipata *white*, dovrebbero avere un trattamento diverso. Se essi formano *basket*, come afferma l'Agenzia, solo per il 5 per cento, tal per cui il restante 95 dovrebbe essere assoggettato ad un nuovo prelievo sul 5 per cento di tale importo, si duplicherebbe la tassazione che il socio IRES ha subito, in anticipo e per trasparenza presso la CFC assunta come sua *longa manus*, sui dividendi distribuiti dalla società *white* partecipata dalla CFC. Anche per questi utili, quindi, il *basket* andrebbe alimentato non per 5 ma per 100 e, cioè, per i dividendi conseguiti dalla CFC e assoggettati a tassazione in regime di trasparenza sul 5 per cento del loro ammontare.

Infine, per completezza, andrebbe chiarito come si coordini il sistema del *basket* con la regola, contenuta nell'art. 3, comma 5, del d.m. n. 429 del 2001, secondo cui “*il costo delle partecipazioni nell'impresa, società o ente non residente è aumentato dei redditi imputati ai sensi del comma 1, e diminuito, fino a concorrenza di tali redditi, degli utili distribuiti*”. In particolare, anche alla luce della conferma circa la validità di questa regola contenuta nell'allegato 3 dello schema di circolare, sembrerebbe logico che, in caso di incasso di un dividendo da parte della CFC che partecipa in altra società *white*, il costo della partecipazione presso il socio IRES debba intendersi comunque

aumentato dell'intero importo dell'utile corrispondente a tale dividendo imputato per trasparenza. A tal fine, cioè, non dovrebbe assumere alcuna rilevanza il fatto che si tratti di un dividendo *black list* integralmente soggetto a tassazione ovvero di un dividendo *white list* che concorra a formare l'imponibile nei soli limiti del 5%.