

Oggetto: Osservazioni sugli schemi di provvedimento e circolare relativi alle disposizioni in materia di imprese estere controllate (CFC) – art. 167 del TUIR

Spett.le Agenzia delle Entrate,

Laboratorio Fiscale (di seguito “Laboratorio”) ringrazia per l’opportunità che viene fornita di sottoporre alla Vostra attenzione commenti e considerazioni in merito agli schemi di provvedimento e di circolare relativi alle Società Controllate Estere (CFC) di cui all’art. 167 del TUIR, come modificato dall’art. 4 del decreto legislativo 28 novembre 2018, n. 142.

Comportamenti adottati dai contribuenti nei periodi di imposta 2019 e 2020

In attuazione della Direttiva europea 2016/1164 del 12 luglio 2016 (cd. Direttiva ATAD) è stato emanato il decreto legislativo n. 142 del 2018 il cui articolo 4 ha riformulato l’articolo 167 del TUIR per renderlo conforme alla disciplina comunitaria.

La norma revisionata ha già trovato applicazione per i periodi di imposta successivi a quello in corso al 31 dicembre 2018. In considerazione di ciò è auspicabile che l’amministrazione finanziaria “valorizzi” la circostanza che gli atti e i comportamenti adottati dai contribuenti potrebbero risultare non conformi alle interpretazioni contenute negli schemi di prassi qui in esame che, peraltro, risultano talvolta fortemente “innovativi” rispetto alla stessa prassi amministrativa sin qui emanata da codesta Agenzia e agli orientamenti assunti dalla dottrina maggioritaria, in assenza di chiarimenti ufficiali. E’ opportuno che tali atti e comportamenti, quanto meno, non diano luogo alla irrogazione di sanzioni, laddove non palesemente in contrasto con il novellato dato normativo.

I soggetti controllanti residenti (par. 2.1)

Lo schema di circolare considera tra i potenziali soggetti controllanti residenti anche gli OICR. Tale chiarimento andrebbe meglio precisato in quanto tali organismi, ancorché inclusi potenzialmente tra i soggetti passivi IRES, sono sostanzialmente esenti dalle imposte sui redditi ai sensi dell’art. 73, comma 5-*quinquies*, del TUIR e dell’art. 6, comma 1, del D.L. n. 351 del 2001 (OICR immobiliari), fatta salva l’applicazione di ritenute alla fonte in capo all’OICR per talune limitate categorie di redditi. Tale regime di esenzione dall’IRES risulta difficilmente conciliabile con il regime di trasparenza caratteristico della disciplina sulle CFC (art. 167, c. 8, del TUIR) e con la circostanza che generalmente gli OICR non presentano la dichiarazione dei redditi.

Sul punto appaiono quindi opportuni maggiori chiarimenti.

Il requisito del controllo (par. 3)

Il comma 2 dell'articolo 167 del TUIR condiziona l'applicazione del regime CFC ad almeno una delle seguenti condizioni:

- 1) il soggetto residente nel territorio dello Stato abbia il controllo, diretto o indiretto, ai sensi dell'art. 2359 c.c., dell'entità non residente (cd. controllo civilistico);
- 2) oltre il 50% della partecipazione agli utili del soggetto non residente è detenuto, direttamente o indirettamente, da un soggetto residente (cd. controllo economico).

Al riguardo, è auspicabile che vengano forniti chiarimenti in merito a una fattispecie concernente il controllo economico che deve ritenersi soddisfatto ogni qualvolta si possa vantare il diritto a partecipare a più del 50 per cento degli utili dell'entità controllata, a prescindere dal *nomen iuris* del contratto o dello strumento contemplato nella giurisdizione estera. Nello specifico, ci riferiamo al caso in cui il capitale sociale della società estera partecipata risulti ripartito in azioni aventi diritti diversi nella distribuzione degli utili. Si tratta di fattispecie in cui può essere impossibile determinare *ex ante* la percentuale effettiva di partecipazione agli utili riferibile a un socio. Si pensi alla categoria delle azioni privilegiate nella distribuzione degli utili; è dubbio se, nella fattispecie, il calcolo della quota di partecipazione agli utili debba essere compiuto *ex post*, prendendo a riferimento i dividendi effettivamente distribuiti al soggetto partecipante, o, in astratto, *ex ante*; in altre parole, il controllo economico potrebbe sussistere *ex ante* in quanto il socio ha la possibilità (astratta) di conseguire un ammontare superiore al 50 per cento dell'utile di bilancio della società estera in ragione dei diritti connessi alle azioni possedute ma il medesimo controllo potrebbe non realizzarsi, *ex post*, verificando l'utile effettivamente riscosso dal socio in rapporto all'ammontare complessivo di utile distribuito.

Il punto, a quanto consta, è stato oggetto di una recente risposta a interpello che privilegia il calcolo *ex post*, seppure il documento di prassi, non pubblicato, riguardi la tassazione consolidata.

Peraltro, il tema si pone anche per quanto riguarda l'imputazione del reddito che andrebbe tassato per trasparenza in capo ai soci. Si pensi al caso di una entità estera che abbia emesso strumenti finanziari che prevedono una partecipazione agli utili subordinata al verificarsi di determinati eventi con la conseguenza che al termine di ciascun esercizio, pur avendo l'entità estera prodotto un reddito (che andrebbe tassato per trasparenza in capo ai soci che ne detengono il controllo), non sia ancora nota l'entità del reddito spettante al possessore dello strumento. Anche in tal caso, occorre chiarire se, ai fini dell'imputazione del reddito, la condizione è verificata o meno.

Livello di tassazione del soggetto controllato estero (par. 4)

L'art. 167, c. 4, lett. a), del TUIR prevede che la disciplina CFC, tra le altre condizioni, si applichi "se i soggetti controllati non residenti...sono assoggettati a tassazione effettiva inferiore alla metà di quella a cui sarebbero stati soggetti qualora residenti in Italia."

Fra le novità recate dallo schema di Provvedimento e dalla bozza di circolare si segnala che, a pag. 42 (par. 4.1.1) di quest'ultima, in relazione al livello di tassazione effettiva estera, si legge che *“vanno considerati gli effetti di qualsiasi agevolazione fruita dalla controllata, anche se di carattere temporaneo e/o non strutturale, ovvero accordata in base ad un apposito accordo concluso con l'Amministrazione fiscale estera (cfr. paragrafo 5.1, lettera i) del Provvedimento).”* Si tratta di un significativo mutamento di impostazione rispetto a quanto indicato nel precedente Provvedimento 143239/2016 laddove, nel par. 5.1, lettera i), si legge che *“non sono considerati gli effetti sul calcolo del reddito imponibile o delle imposte corrispondenti di eventuali agevolazioni di carattere non strutturale riconosciute dalla legislazione dello Stato estero, per un periodo non superiore a cinque anni, alla generalità dei contribuenti”*.

L'interpretazione fornita nello schema di circolare appare portatrice di una applicazione iniqua della disciplina CFC se letta contestualmente alle regole di calcolo della tassazione virtuale italiana. Infatti, ai fini del computo del *tax rate* virtuale domestico, lo schema di circolare, a pag. 48, in conformità al paragrafo 5.1, lettera f) del Provvedimento, afferma che *“la tassazione che la controllata avrebbe scontato in Italia non può essere calcolata sulla base di regimi fiscali opzionali cui la stessa avrebbe potuto aderire qualora effettivamente residente nel nostro Paese”*.

In conseguenza di ciò, ci sembra che il confronto tra *tax rate* effettivo estero e *tax rate* virtuale domestico, attuato secondo la ipotizzata interpretazione, rischi di generare difformità e incongruenze tra i termini del confronto, introducendo elementi di non comparabilità che, invece, andrebbero limitati. Si pensi, ad esempio, a una entità estera che nel proprio Paese di residenza fruisca dell'agevolazione cd. *patent box*, agevolazione esistente anche nel nostro Paese; nella fattispecie, il beneficio andrebbe considerato nel calcolo del *tax rate* estero mentre andrebbe escluso nel computo del *tax rate* virtuale, il che appare iniquo e irrazionale.

Il conseguimento da parte del soggetto estero controllato di proventi passive (par. 5)

Ai fini dell'applicazione della disciplina CFC a una entità estera occorre anche soddisfare la condizione della realizzazione, in misura superiore a un terzo del totale, delle tipologie di proventi elencati nell'art. 167, c. 4, lett. b), del TUIR (cd. *passive income*).

La bozza di circolare opportunamente chiarisce che la verifica del superamento del terzo dei proventi totali va effettuata considerando i proventi che concorrono alla determinazione dei redditi ivi indicati, al lordo degli eventuali costi sostenuti. Tale chiarimento è tuttavia circoscritto alle categorie di cui ai numeri 2, 3, 4 e 5 indicate dalla citata lettera b) del comma 4 (redditi da proprietà intellettuale, da leasing finanziario/attività assicurativa, bancaria e altre attività finanziarie, da cessione delle partecipazioni) e non anche ai redditi del numero 1 della medesima previsione (reddito generato da attivi finanziari).

Andrebbe chiarito il motivo della esclusione dal chiarimento della bozza di circolare dei proventi di cui al punto 1; in altre parole, andrebbe precisato perché per i redditi generati da attivi finanziari non debba valere il chiarimento fornito dalla circolare per le categorie dei numeri 2, 3, 4 e 5.

I proventi derivanti da operazioni di compravendita di beni e prestazioni di servizi infragruppo (par. 5.2)

Tra i proventi che possono dar luogo a *passive income* in capo all'entità controllata, la norma include anche i proventi derivanti da operazioni di compravendita di beni e prestazioni di servizi infragruppo (con valore economico aggiunto scarso o nullo). Letteralmente trattasi dei "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" (art. 167, comma 4, lettera b), punto 6), del TUIR).

Sin dall'introduzione della norma uno dei punti discussi ha riguardato i casi in cui la compravendita di beni e servizi coinvolga sia società del gruppo che soggetti terzi.

La dottrina ha, in modo unanime, ritenuto che andassero computati nei proventi da *passive income* solo quelli derivanti da operazioni interne al gruppo sia in entrata che in uscita.

Sulla base di queste premesse, poco prima della scadenza degli obblighi dichiarativi dello scorso anno, la Direzione Centrale Grandi contribuenti di codesta Agenzia ha risposto ad uno specifico interpello sul punto, confermando l'orientamento della dottrina. Infatti, in quella sede l'Agenzia ha riconosciuto come rilevino solo le operazioni che, sia nella fase di acquisto/ricezione dei beni che nella successiva fase di cessione/fornitura, si rivolgono a soggetti appartenenti allo stesso gruppo.

L'Agenzia ha così concordato che la disposizione deve mirare ad attrarre nell'ambito della *CFC rule* soltanto quelle società le cui operazioni sono rivolte al gruppo sia in fase attiva che passiva.

Ciò premesso, risultano ora inaspettate le conclusioni raggiunte nello schema di circolare (par. 5.2), laddove si "sconfessa" quanto già chiarito dalla Direzione centrale in risposta al menzionato interpello. Secondo la bozza di circolare, 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. Secondo le Entrate "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". In altre parole anche in tali casi esisterebbe un rischio di trasferimento di base

imponibile nazionale a favore di giurisdizioni che prevedono livelli di tassazione significativamente inferiori.

Al riguardo, tuttavia, non si può non osservare che un rischio di “drenaggio” in danno del fisco italiano è già preservato dalla normativa sul TP; laddove il soggetto estero rivenda ad un soggetto italiano quanto acquistato da terzi o acquisti da un soggetto italiano quanto destinato alla vendita a terzi, il rischio di erosione a danno dell’Italia è protetto dall’art. 110, c. 7 del TUIR.

Inoltre, va osservato che la normativa domestica trae origine dalla Direttiva ATAD che 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” (cfr. articolo 7, paragrafo 2, lettera a), punto vi), della direttiva), e non anche le medesime operazioni realizzate con soggetti terzi.

La direttiva ATAD, a sua volta, ha tenuto conto di quanto indicato nel Rapporto OCSE - Azione 3 del BEPS relativo alla disciplina CFC. In particolare, nel paragrafo 78 del citato Rapporto, viene affrontato il tema delle c.d. “*invoicing companies*”. Si legge: “Invoicing 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”. Il riferimento è, in altri termini, alle cosiddette “cartiere”.

Non sembra che una società estera controllata che acquisisce beni da società del gruppo per rivenderli sul mercato o, viceversa, che acquista beni da parti indipendenti per rivenderli a società del gruppo sia generalmente identificabile come *invoicing companies*, cioè società che si limitano a svolgere servizi di mera fatturazione. In questi casi appare sufficiente l’applicazione del *transfer pricing*.

Circostanza esimente (par. 6)

Si segnala un refuso – o almeno lo riteniamo tale - nelle primissime righe del paragrafo in cui si legge: “il comma 5 dell’articolo 167 del TUIR stabilisce che il soggetto controllante residente può, anche a seguito di una apposita istanza di interpello presentata all’Agenzia dell’entrate, disapplicare la normativa CFC qualora l’entità controllata (o la stabile organizzazione) svolga nel proprio Stato di residenza (o stabilimento) «un’attività economica effettiva, mediante l’impiego di personale, attrezzature, attivi e locali». Si tratta del requisito del cd. “radicamento” che non è previsto nella norma rivisitata che non presuppone più che l’attività dell’entità controllata si rivolga al mercato dello Stato o territorio di insediamento come, del resto, viene anche evidenziato in seguito nel par. 6 della stessa circolare.

Determinazione del reddito del soggetto controllato estero IAS adopter (par. 7.1)

In merito alle modalità di determinazione del reddito del soggetto controllato da imputare per trasparenza al soggetto controllante residente in Italia, lo schema di circolare distingue in base agli *standard* contabili adottati per la redazione del bilancio di esercizio. Quando il bilancio estero è redatto secondo i principi contabili internazionali (IAS/IFRS), il reddito della controllata estera imponibile in Italia va determinato applicando le disposizioni fiscali italiane previste per i soggetti IAS/IFRS *adopter*.

La bozza di circolare precisa ulteriormente che “Il principio della derivazione rafforzata trova applicazione anche per le CFC che redigono il bilancio di esercizio in base alla direttiva 2013/34/UE, in conformità a quanto avviene per i c.d. soggetti Nuovi OIC (cfr. articolo 83, comma 1-bis, del TUIR)”. Al riguardo, andrebbe chiarito se sia necessario anche verificare la dimensione dell’impresa estera e, quindi, escludere l’applicazione della derivazione rafforzata laddove ci si trovi di fronte a un’impresa estera che si qualifichi microimpresa. In tal senso, sembrerebbe deporre sia l’impostazione proposta dalla bozza di circolare laddove replica l’impianto attuale del TUIR e il richiamo espresso all’articolo 83, comma 1-bis, del TUIR. Tale disposizione estende ai soggetti OIC, diversi dalle microimprese, le disposizioni attuative e regolamentari previste per i soggetti IAS/IFRS *adopter*.

Credito d’imposta per i redditi prodotti all’estero (par. 7.4)

In relazione ai redditi prodotti dalla CFC, la disciplina rivisitata conferma la spettanza del credito d’imposta per i redditi prodotti all’estero, con le modalità e i limiti dell’art. 165 del TUIR.

In particolare, in base al comma 10 dell’articolo 167 del TUIR al soggetto controllante residente compete la detrazione dall’imposta dovuta in Italia anche in relazione alle eventuali imposte subite al momento della distribuzione del dividendo che non concorre alla determinazione del suo reddito complessivo.

Andrebbe confermato che, invece, per la quota parte di utili non riferibile a redditi imputati e tassati per trasparenza e che viene tassata in via ordinaria, la corrispondente quota di ritenuta estera dovrebbe essere accreditabile con le regole ordinarie dell’articolo 165, e quindi, non dovrebbe essere scomputabile in quanto il dividendo è assoggettato ad imposta sostitutiva del 26%.

Esenzione delle plusvalenze (punto 5.1, lett. g. del Provvedimento)

Per determinare la tassazione effettiva estera e la tassazione virtuale domestica interna l’imposizione italiana nei limiti del 5 per cento del dividendo o della plusvalenza, previsto negli articoli 87, c. 1, lett. c) e 89, c. 3, del TUIR, si considera equivalente a un regime di esenzione totale che preveda, nello Stato di localizzazione della controllata, l’integrale indeducibilità dei costi

connessi alla partecipazione. In tal senso, lo schema di Provvedimento conferma quanto prescritto dal precedente Provvedimento 16.9.2016 n. 143239 (punto 5).

In dottrina sono stati sollevati dubbi in merito alla corretta modalità con cui si concretizza tale equivalenza. Infatti, la tesi prevalente, che andrebbe confermata, ritiene che l'applicazione in concreto di tale previsione debba avvenire nel modo seguente: quando nello Stato estero il dividendo è integralmente esente, e conseguentemente indeducibili i costi relativi alla partecipazione, in modo analogo occorre procedere per il calcolo del *tax rate* virtuale interno. Tesi diversa è, invece, quella secondo cui andrebbe rettificato il *tax rate* effettivo estero, escludendo dalla base imponibile estera il 95% del dividendo e rendendo deducibili i costi.