

Milano, 5 agosto 2021

Spettabile
Agenzia delle entrate
Direzione Centrale Grandi Contribuenti e Internazionale
Settore Controllo
Via Giorgione, 106
00147 Roma

Via e-mail: dc.gci.internazionale@agenziaentrate.it

Oggetto: **Consultazione pubblica sulla bozza di circolare e schema di provvedimento in merito alla disciplina sulle Società controllate estere - Osservazioni**

La procedura di consultazione pubblica in esame concerne la bozza/schema di circolare ("Circolare") relativa alla disciplina sulle Società controllate estere ("*Controlled Foreign Companies*", o "CFC") ex art. 167 TUIR. Tale consultazione riguarda, inoltre, lo schema di provvedimento con i nuovi criteri per determinare in modalità semplificata il requisito dell'effettivo livello di tassazione estero di cui all'art. 167, comma 4, lett. a), TUIR.

Esprimiamo il nostro apprezzamento nei confronti di codesta Spettabile Agenzia delle entrate ("Agenzia") per l'eccellente lavoro svolto. La Circolare, in particolare, fornisce un'analisi completa e approfondita della disciplina, anche alla luce del dibattito dottrinale in corso. Essa inoltre chiarisce la maggior parte delle questioni applicative sin ora sorte.

Nel seguito, riportiamo nel seguito alcune nostre osservazioni in merito ad alcuni profili della Circolare i quali forse necessitano di ulteriori chiarimenti. Al riguardo, faremo riferimento separatamente a ciascun paragrafo della Circolare.

Ringraziamo l'Agenzia per la possibilità concessa al nostro Studio di partecipare alla consultazione pubblica in oggetto.

1. FINALITÀ E CONTESTO NORMATIVO

n/a

2. AMBITO SOGGETTIVO

2.1. cd. "Dual resident companies" (par. 2.1, p. 19)

La Circolare non precisa le modalità di applicazione della disciplina CFC nell'ipotesi in cui la società controllante sia considerata residente, oltre che in Italia, anche in un altro Stato.

In tale ipotesi, dovrebbero trovare applicazione le *tie breaker rule* previste dalle Convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate dall'Italia. In tal caso, la CFC troverà applicazione laddove sulla base delle suddette regole la società controllante sia considerata residente in Italia.

La società ritenuta residente in Italia in base alla *tie breaker rule* potrebbe continuare a disporre di una stabile organizzazione all'estero. In questo caso la CFC potrà trovare applicazione con riferimento alla suddetta stabile organizzazione, ove esente.

La società che invece, in base alla *tie breaker rule* fosse considerata residente all'estero potrebbe disporre di una stabile organizzazione in Italia. In tale ipotesi, la CFC potrà trovare applicazione con riferimento alle partecipazioni riferibili alla stabile organizzazione.

2.2. Trust non residenti (par. 2.3, p. 22)

La Circolare sembra precisare che, con riferimento ai *trust*, il regime CFC si applica solo ai trust trasparenti non residenti, aventi come beneficiario un soggetto intermedio non residente. In tale ipotesi, se si è correttamente inteso, il reddito del *trust* trasparente dovrebbe essere imputato in applicazione della disciplina CFC in capo al soggetto italiano. Ciò a prescindere dal regime fiscale applicabile al soggetto intermedio, al quale potrà essere o meno applicata la disciplina CFC in presenza dei presupposti.

In tale scenario, alcuni punti meriterebbero a nostro parere maggiori precisazioni.

In primo luogo, sarebbe opportuno precisare che i trust opachi non sono mai soggetti alla disciplina CFC. Infatti, l'interesse del beneficiario *non vested* nel trust non dovrebbe integrare né una relazione di controllo, né una partecipazione agli utili. Ciò nemmeno nell'ipotesi in cui tale partecipazione agli utili sussista, seppure in via potenziale (perché subordinata al verificarsi di un determinato evento oppure alla discrezionalità del *trustee*).

In secondo luogo, occorre precisare se, ai fini dell'applicazione della disciplina CFC, il beneficiario non residente del *trust* trasparente non residente debba o meno partecipare agli utili del trust in misura superiore al 50% o se sia sufficiente una partecipazione inferiore. Andrebbe inoltre precisato se rilevino o meno i diritti al patrimonio e in che misura.

Inoltre, occorre precisare se, sempre ai fini dell'applicazione della disciplina CFC, il soggetto intermedio non residente, beneficiario del trust, debba essere controllato o se sia sufficiente una partecipazione agli utili.

Le imposte versate dal soggetto intermedio sugli utili del *trust* imputati per trasparenza dovrebbero essere conteggiate ai fini del calcolo del ETR *test* del *trust*, stesso (non del soggetto intermedio).

I proventi successivamente distribuiti dal *trust* e percepiti tramite il soggetto intermedio non dovrebbero essere in ogni caso soggetti ulteriormente a imposizione. Infatti, nei limiti dell'importo precedentemente imputato per trasparenza in base alla disciplina CFC, troverebbe applicazione la regola di irrilevanza di tali proventi confermata anche dalla Circolare. Per quanto riguarda l'eccedenza, i proventi ricevuti dal soggetto controllante residente dovrebbero essere qualificati come utili distribuiti da un *trust* cd. *white*. Ciò in quanto, l'imputazione per trasparenza determina l'assoggettamento degli utili in questione ad un regime analogo a quello italiano. Come tali, gli utili in questione non dovrebbero essere imponibili secondo le disposizioni di cui all'art. 44 TUIR.

3. CONTROLLO

3.1. Patti di sindacato (par. 3, p. 30)

La Circolare non chiarisce se, ai fini della disciplina CFC, il requisito del controllo possa essere integrato in presenza di un patto di sindacato. Si tratta di un'ipotesi che si riscontra frequentemente nell'ordinamento italiano.

Si ritiene che, ai fini della disciplina CFC, il controllo possa sussistere in capo al soggetto che, in base al patto di sindacato, sia grado di indirizzare un ammontare di voti tale da superare la soglia del controllo ex art. 2359 cc. Nel caso di controllo attribuito con riferimento a determinate materie, la CFC non dovrebbe trovare applicazione. In ogni caso, sarebbe opportuno precisare se il requisito del controllo possa sussistere in capo ad un socio che ha esercitato una influenza dominante con riferimento ad una singola materia/operazione. Per ragioni di semplificazione, sembrerebbe ragionevole escludere tale ipotesi.

Inoltre, molti patti di sindacato, pur attribuendo un potere di dominanza ad un socio, conferiscono, entro certi limiti, ad altri soci penetranti poteri di limitazione. Laddove tali poteri si concretizzano nella sostanza in un diritto di veto, dovrebbe escludersi, in tali ipotesi, il requisito del controllo.

In ogni caso, l'eventuale controllo esercitato tramite patto di sindacato dovrebbe comportare comunque, in presenza dei presupposti, l'attribuzione dei soli utili corrispondenti alla propria partecipazione (e non delle restanti partecipazioni "controllate"). Ciò fatti salvi i casi di interposizione. Al riguardo, sarebbe opportuna una precisazione.

3.2. Voti spettanti ai familiari (par. 3, p. 31)

La Circolare precisa che con riferimento alle persone fisiche, continua a trovare applicazione l'articolo 1, comma 3, del D.M. 21 novembre 2001, n. 429. In base a tale norma, per la verifica del requisito del controllo, ai fini del computo dei voti occorre includere anche quelli spettanti ai familiari (coniuge, parenti entro il terzo grado e affini entro il secondo grado) del soggetto residente.

Un tema non affrontato dalla Circolare riguarda l'individuazione in concreto del familiare al quale vadano attribuiti i voti in questione. Ad esempio, se A detiene il 30% del soggetto estero e B, familiare di A, il 40%, chi è considerato controllante? A grazie ai voti di B o il contrario? Sarebbe opportuno un chiarimento in tal senso. Sarebbe inoltre opportuno escludere che la disciplina CFC possa trovare applicazione con riferimento ad entrambi.

Ad ogni modo, in caso di applicazione della disciplina CFC, gli utili dovranno essere imputati per trasparenza al controllante in misura pari alla propria partecipazione agli utili (senza conteggiare cioè gli utili spettanti ai familiari). Gli utili eventualmente spettanti ai familiari potranno essere attribuiti al soggetto residente ritenuto controllante solamente laddove si verifichi un'ipotesi di interposizione.

3.3. Voti spettanti a società fiduciarie/interposte persone (par. 3, p. 32)

Come già accennato, in base all'articolo 167 del TUIR, il controllo può essere detenuto anche per il tramite di società fiduciarie o interposte persone.

E' forse opportuno precisare che, in caso di interposizione, dovrà essere imputato per trasparenza al soggetto residente in Italia un utile pari alla partecipazione detenuta sia direttamente sia per il tramite dei soggetti interposti. In altre parole andranno imputati all'interponente anche gli utili spettanti ai soggetti interposti.

Naturalmente, invece, laddove vi sia una partecipazione indiretta nel soggetto estero per il tramite di società controllata, ma non interposta, gli utili imputati per trasparenza saranno pari alla partecipazione detenuta tenendo conto dell'effetto demoltiplicativo.

4. ETR TEST PER LE HOLDING (PAR. 4.1.2, P. 49)

La Circolare conferma che un regime estero caratterizzato dall'esenzione dei dividendi con indeducibilità dei relativi costi è da considerarsi equivalente, ai fini del ETR *test*, al regime italiano di tassazione dei dividendi. Il regime italiano, come noto, è caratterizzato dall'imponibilità dei dividendi nella misura del 5% e dalla correlata deducibilità dei costi concernenti la partecipazione.

Il regime lussemburghese di esenzione dei redditi da partecipazione prevede (cfr. art. 166 del Codice Tributario Lussemburghese) a determinate condizioni¹:

- l'esenzione dei dividendi e delle plusvalenze da partecipazioni;
- entro i limiti quantitativi del reddito esente non sono deducibili le spese operative in relazione economica diretta, nonché il deprezzamento per la svalutazione della partecipazione in seguito alla distribuzione di questo reddito;
- la deducibilità dei suddetti costi e svalutazioni nella misura in cui eccedono il reddito esente;
- la c.d. *recapture* al momento della cessione della partecipazione dei costi e delle svalutazioni precedentemente dedotti (in altre parole, la plusvalenza è imponibile fino a concorrenza di tale importo).

Tale regime è stato ritenuto dall'Agenzia come non equivalente a quello italiano².

La pronuncia dell'Agenzia sul punto è caratterizzata forse da un'eccessiva severità.

Frequentemente, infatti, il regime in questione produce effetti impositivi del tutto analoghi a quelli che si verificano in Italia. In entrambi i casi, infatti, l'assenza di redditi comporta che i costi afferenti alle partecipazioni fruiscano della deducibilità piena (in Italia per espressa deducibilità dei costi, in Lussemburgo perché trattasi di costi eccedenti il reddito esente). Inoltre, in caso di costi inferiori al 5% del reddito esente, non si dedurranno i costi in entrambi gli ordinamenti.

Addirittura, laddove i costi siano inferiori all'ammontare del reddito esente, ma superiori al 5% dello stesso, il regime lussemburghese potrà risultare più penalizzante di quello italiano. Ciò senza contare il fatto che, in Lussemburgo, gli eventuali costi dedotti in un esercizio (e che abbiano eventualmente comportato l'ingresso nel regime CFC) potranno, poi, essere acquisiti eventualmente a tassazione al momento della vendita della partecipazione.

L'unica ipotesi in cui, sotto il profilo numerico, il regime lussemburghese risulta più vantaggioso (inferiore al 50%) rispetto a quello italiano è quella caratterizzata dall'assenza di costi. In tale ipotesi, i dividendi in Italia i dividendi sarebbero assoggettati ad una tassazione effettiva pari all'1,2%. Invece, nella medesima situazione i dividendi lussemburghesi sarebbero assoggettati ad una tassazione pari a zero.

¹ È in particolare previsto che le entità debbano detenere o impegnarsi a detenere la partecipazione per un periodo ininterrotto di almeno dodici mesi. La partecipazione, al momento dell'erogazione del reddito, deve essere almeno pari al 10% del capitale dell'entità nella quale è detenuta, o deve avere un prezzo di acquisizione di almeno 1,2 milioni di euro.

² Cfr. Principio di diritto 6 aprile 2021, n. 5.

Alla luce di quanto sopra, sarebbe opportuno che l'Agenzia superasse il proprio precedente orientamento, sancendo l'equivalenza dei due regimi. Laddove ciò non fosse possibile, sarebbe opportuno precisare che la non equivalenza dei due regimi non preclude la possibilità di effettuare una valutazione caso per caso. Occorrerebbe quantomeno riconoscere l'equivalenza al regime italiano del regime lussemburghese nelle ipotesi in cui lo stesso produca in concreto una tassazione analoga a quella italiana.

5. COMPRAVENDITE DI BENI E PRESTAZIONI DI SERVIZI INFRAGRUPPO (PAR. 5.2, P. 73)

La disciplina CFC trova applicazione solamente laddove i ricavi del soggetto controllato estero derivino per almeno un terzo da compravendite di beni o prestazioni di servizio infragruppo.

La Circolare chiarisce che, al fine di integrare il suddetto requisito, è sufficiente che la società controllata estera abbia effettuato operazioni infragruppo in sede di acquisto oppure in sede di vendita.

Come riconosciuto anche dalla stessa Circolare, la suddetta interpretazione non sembra essere del tutto conforme né alle indicazioni contenute nella cd. "Direttiva ATAD³", né alle indicazioni fornite dall'OCSE nel cd. "Action 3". Da tali documenti traspare infatti l'intenzione di limitare l'applicazione della disciplina CFC alle "società di fatturazione" che ricavano almeno un terzo dei loro ricavi dalla rivendita infragruppo di beni o servizi acquistati all'interno del medesimo gruppo.

La posizione della Circolare è evidentemente ispirata da comprensibili ragioni di cautela fiscale. Infatti, anche le operazioni effettuate nei confronti di soggetti esterni al gruppo sono idonee a erodere la base imponibile nazionale. Ad esempio, ciò può accadere nel caso di acquisto da parte della controllante estera, nei confronti della controllante italiana, di beni ceduti a terzi indipendenti.

Ad ogni modo, tali fenomeni di erosione potrebbero essere efficacemente contrastati mediante il ricorso alla disciplina in tema di prezzi di trasferimento.

Si suggerisce pertanto a codesta Agenzia di rivedere la posizione espressa nella Circolare.

³ Direttiva UE 2016/1164 del 12 luglio 2016 del Consiglio, recante «norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno» (cd. ATAD 1 – *Anti Tax Avoidance Directive*), successivamente modificata dalla direttiva UE 29 maggio 2017 n. 2017/952 del Consiglio (cd. ATAD 2). La Direttiva ATAD è stata trasposta nell'ordinamento italiano dal D, Lgs. 29 novembre 2018 n. 142.

Laddove ciò non fosse possibile occorrerebbe peraltro far luce su alcune tematiche applicative.

In primo luogo, occorre chiarire come applicare la disciplina CFC nel caso in cui la società controllata estera operi nei confronti del gruppo solo in sede di acquisto (cedendo poi a terzi i relativi beni o servizi). In particolare, occorre stabilire se la soglia del "terzo" vada valutata con riferimento ai costi complessivi (infragruppo) oppure ai ricavi complessivi (verso terzi indipendenti). Nella prima ipotesi, la CFC sarebbe applicabile ove un terzo dei costi complessivi derivassero da acquisti infragruppo. Nella seconda ipotesi, la CFC troverebbe applicazione laddove almeno un terzo dei ricavi sia generato da acquisti effettuati infragruppo. In tale seconda ipotesi, occorre peraltro stabilire le modalità per determinare quando i beni ceduti corrispondono a beni acquisiti all'interno del gruppo. In particolare, l'Agenzia dovrebbe chiarire se si applichino gli ordinari criteri di rotazione del magazzino o se invece debba trovare applicazione un criterio di natura analitica. Un'altra ipotesi potrebbe essere quella di applicare una presunzione. Si potrebbe ad esempio stabilire che - in presenza di acquisti di beni/servizi infragruppo per almeno un terzo rispetto agli acquisti complessivi - le vendite siano imputate presuntivamente e fino a concorrenza a tali acquisiti.

A prescindere da tali questioni, si pone il problema di stabilire se, per quanto concerne il limite del "terzo", rilevino le attività quali ad esempio quelle di consulenza oppure di assistenza tecnica o amministrativa. Si tratta di attività generate "internamente", mediante l'impiego di risorse proprie. Tali attività non comportano acquisti di beni o di servizi nei confronti di altri soggetti, interni od esterni al gruppo. Tali attività non costituiscono il "ribaltamento" di beni o servizi acquistati dall'esterno. Laddove tali attività dovessero essere considerate rilevanti, occorrerebbe in particolare stabilire se tali servizi, ove ceduti a terzi indipendenti, siano da considerare come acquisti infragruppo.

Un altro profilo dubbio attiene alle ipotesi in cui la società controllata estera apporti delle modifiche/trasformazioni ai beni acquistati prima della rivendita. Sarebbe opportuno che la Circolare precisasse se anche tali operazioni (laddove ritenute a basso valore aggiunto) possano ricadere nell'ambito applicativo della disciplina.

6. ESIMENTE

6.1. Non artificiosità della struttura estera (PAR. 6, P. 79)

La Circolare chiarisce come il concetto di "attività economica effettiva", rilevante ai fini della disapplicazione della disciplina CFC, è strettamente legato al concetto di "*costruzione non artificiosa*" elaborato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea ("CGUE"). In particolare, come precisato dalla Circolare, "*l'attuale circostanza esimente, riflettendo l'evoluzione della giurisprudenza europea, ha sviluppato la nozione di*

“costruzione artificiosa”, richiedendo che l’entità estera risponda a un insediamento reale che abbia per oggetto l’espletamento di attività economiche effettive e che sia dotata di una struttura idonea in termini di personale, attrezzature, attivi e locali”

In altre parole, la nozione di “attività effettiva/non artificiosità” rilevante ai fini dell’esimente rappresenta la sintesi della giurisprudenza della CGUE.

Al riguardo, la pronuncia di maggiore rilevanza in materia è sentenza 12 settembre 2006, C-194/06 (*Cadbury Schweppes*), avente ad oggetto la compatibilità con il diritto dell’Unione Europea di un regime inglese analogo alla disciplina CFC italiana. Tale sentenza ha in estrema sintesi sancito la legittimità di tale disciplina a condizione che trovi applicazione solo con riferimento appunto a costruzioni di puro artificio finalizzate ad ottenere un risparmio fiscale. Secondo la CGUE, la constatazione dell’esistenza di una costruzione di puro artificio richiede, oltre *“ad un elemento soggettivo consistente nella volontà di ottenere un vantaggio fiscale, elementi oggettivi dai quali risulti che, nonostante il rispetto formale delle condizioni previste dall’ordinamento comunitario, l’obiettivo perseguito dalla libertà di stabilimento, [...] non è stato raggiunto”*. Più precisamente, la disciplina CFC non deve può trovare applicazione laddove *“pur in presenza di motivazioni di natura fiscale, la costituzione di una [CFC] corrisponde a una realtà economica”* (parr. 64 e 65).

In altri termini, secondo la CGUE, la legittimità della disciplina CFC è subordinata a due condizioni: l’accertamento della volontà del contribuente di ottenere un risparmio fiscale e la costituzione di una struttura di puro artificio. Le due condizioni devono sussistere congiuntamente. Di conseguenza, laddove non si sia in presenza di una costruzione di puro artificio, la disciplina CFC non potrà trovare applicazione nemmeno laddove il risparmio fiscale sia il fine unico del contribuente. Allo stesso modo, laddove non venga accertata la volontà di ottenere un vantaggio fiscale, la disciplina CFC, pur in presenza di una costruzione di puro artificio, non può trovare applicazione.

Tale ultima conclusione deve essere opportunamente valorizzata al fine di stabilire in concreto il contenuto dell’esimente. La disciplina CFC dovrebbe poter dunque essere disapplicata ogni qual volta non risulti una finalità eminentemente fiscale.

Ciò potrà avvenire, in primo luogo, laddove il contribuente possa dimostrare che vi siano ragioni fiscali non marginali per la costituzione di una società in una determinata giurisdizione (ad es. maggiore efficienza del sistema giudiziario, in specie per quanto attiene al momento esecutivo, disciplina fallimentare particolarmente protettiva per il creditore).

In secondo luogo, l'assenza di una finalità di risparmio fiscale dovrebbe essere riscontrabile ogniqualvolta la costituzione di una società estera non produce l'effetto di assoggettare i redditi dalla stessa prodotti ad una aliquota inferiore a quella italiana. Ciò ad esempio perché il gruppo, nel suo complesso, sconta un carico fiscale congruo. Tale conclusione sarebbe peraltro coerente con le indicazioni contenute in precedenti documenti di prassi, con riferimento all'esimente di cui al previgente art. 167, comma 8-bis, TUIR⁴. Si rammenta che tale esimente, pur con delle peculiarità, presenta molti di contatto con l'attuale esimente.

L'attribuzione di un simile contenuto all'esimente avrebbe riflessi pratici molto rilevanti.

Come noto, infatti, la previgente versione della disciplina CFC prevedeva due esimenti. La prima operava in presenza di un congruo livello di tassazione. La seconda trovava applicazione laddove il soggetto controllato estero avesse svolto un'attività commerciale effettiva. Attualmente la disciplina CFC prevede un'unica esimente, richiedendo che la società controllata estera svolga un'attività economica effettiva.

La modifica sopra descritta ha di fatto comportato l'abrogazione della prima esimente. Comunemente, si tende ad affermare che tale abrogazione è una conseguenza del fatto che l'utilità della cd. "prima esimente" è in parte venuta meno. Ciò in quanto, adesso, è la stessa applicazione della disciplina CFC ad essere di per sé subordinata ad una tassazione inferiore ad una determinata soglia. Quindi, non applicandosi la disciplina CFC alle società soggette ad un congruo livello di tassazione, non si porrebbe neppure il problema di applicare la "prima esimente".

Ciò è vero tuttavia solo in parte. Infatti, la disciplina CFC, nella versione attualmente vigente, "misura" solo la tassazione in capo alla singola società estera controllata (imposte dirette, ritenute, eventualmente anche la disciplina CFC applicata in altri Stati). Non è tuttavia possibile conteggiare le imposte, scontate a livello di gruppo da soggetti diversi dalla controllata, che determino, nel loro complesso, l'assoggettamento sostanziale del reddito della controllata estera ad un livello di tassazione congruo. Tale congruo livello di tassazione a livello di gruppo potrebbe invece essere opportunamente valorizzato nell'ambito dell'attuale esimente, laddove si accettasse l'interpretazione adottata nel presente paragrafo.

⁴ Cfr. Circolare 26 maggio 2011, n. 23/E, par. 7.4: "[t]ale analisi non può che essere condotta a livello di singola società estera, posto che non sussiste alcun indebito vantaggio fiscale quando lo stesso è conseguito per il tramite di una partecipata estera, che esercita effettivamente, nello Stato di insediamento, un'attività economica per una durata di tempo indeterminata, mediante un insediamento stabile ivi localizzato. In sede di interpello, comunque, sarà adeguatamente considerato il carico fiscale complessivo al fine di valutare se ricorrono gli intenti elusivi che la CFC rule intende contrastare".

Si suggerisce al riguardo di fornire dei chiarimenti in merito all'applicabilità dell'esimente anche in tali ipotesi.

6.2. Operazioni cd. "estero su estero" (par. 6)

La Circolare evidenzia come la finalità attuale del regime CFC sia quella di evitare l'erosione della base imponibile nazionale mediante l'allocazione artificiosa di utili in Stati a bassa fiscalità⁵.

Si suggerisce pertanto di permettere la disapplicazione della disciplina CFC nel caso in cui il soggetto controllato estero operi prevalentemente "estero su estero". In tale ipotesi, le operazioni compiute da tale soggetto non producono effetti sulla base imponibile della controllata italiana, né di altre società del gruppo.

Tale conclusione sarebbe peraltro coerente con la posizione già espressa dall'Agenzia in precedenti documenti di prassi⁶.

6.3. Stabili organizzazioni di soggetti non residenti (par. 6, p. 82)

Nel caso in cui non trovi applicazione la *branch exemption*, la non artificiosità della struttura, ai fini della disapplicazione della disciplina CFC, deve essere valutata complessivamente in capo all'entità nel suo complesso (casa madre e stabile organizzazione). A tal fine, la disciplina CFC potrà essere disapplicata laddove la non artificiosità sia riscontrata con riferimento alla maggior parte della struttura nel suo complesso (casa madre e stabile organizzazione). Ciò a prescindere dal fatto che all'interno della casa madre o stabile organizzazione sia innestate attività passive. Al limite, anche laddove l'intera attività della casa madre o della stabile organizzazione fossero qualificabili come *passive*, la CFC potrà essere disapplicata laddove risultasse

⁵ Cfr. Circolare, pp. 9 e 75.

⁶ Cfr. Circolare, 6 settembre 2010, n. 51/E, par. 3.1, p. 15: "[i]n linea di principio, l'obbligo di interpello sussiste per tutte le CFC che presentino le caratteristiche prima evidenziate. Non si ritiene, infatti, di poter escludere dalla valutazione preliminare, da condurre appunto in tale sede, determinate realtà imprenditoriali in ragione dell'astratta mancanza di caratteristiche idonee a conseguire fenomeni elusivi. È il caso, ad esempio, delle CFC che operano essenzialmente nei confronti di consociate non residenti (cioè estero su estero). Ciò non toglie, ovviamente, che tali circostanze possano ricevere adeguata e concreta valorizzazione in sede di analisi dell'istanza di interpello". Si veda anche la Circolare 26 maggio 2011, n. 23/E, par. 5.3, p. 34, con riferimento possibilità di disapplicare l'art. 167, comma 8-bis, TUIR, al tempo vigente, in relazione alle compagnie di assicurazione che operano "estero su estero": "[a]d ogni buon fine si ricorda quanto precisato nella circolare n. 51/E del 2010 con riferimento alle società estere partecipate che svolgono attività estero su estero: in particolare, se la società partecipata estera svolge attività riassicurativa infragruppo estero su estero, tale circostanza riceverà adeguata e concreta valorizzazione in sede di analisi dell'istanza di interpello".

l'adeguatezza della struttura complessiva. Resta inteso il potere dell'Agenzia delle Entrate di attuare tutte le procedure finalizzate a contrastare eventuali pratiche di *swamping*⁷.

In caso di *branch exemption*, la disciplina CFC può essere disapplicata laddove risulti la coerenza degli attivi attribuiti alla stabile organizzazione con l'attività dalla stessa svolta, in base al cd. "*Authorized OECD Approach*" ("*AOA*"⁸) Laddove ciò non risulti l'intero reddito della stabile organizzazione dovrà essere attribuito alla casa madre residente.

Il contribuente dovrebbe essere messo nella condizione di dimostrare che gli utili della stabile organizzazione di natura passive sono (totalmente o comunque in misura superiore a due terzi) derivanti da operazioni che non hanno coinvolto l'Italia. Ciò permetterebbe di escludere il rischio di erosione della base imponibile italiana. Si rinvia alle considerazioni effettuate al paragrafo precedente in merito alle operazioni cd. "estero su estero".

La disapplicazione della disciplina CFC non esclude che l'Agenzia delle Entrate possa contestare anche in parte, sulla base dell'AOA, la non corretta attribuzione degli utili alla stabile organizzazione. In tale ipotesi, l'Ufficio contesterà solamente gli eventuali maggiori redditi riferibili alla casa madre italiana (con esclusione di eventuali redditi attribuibili ad altri soggetti del gruppo).

7. IMPUTAZIONE PER TRASPARENZA

7.1. Stabile organizzazione (Par. 7.1, p. 89)

In caso di *branch exemption*, l'eventuale imputazione per trasparenza dei redditi della stabile organizzazione opera con riferimento all'intero ammontare degli utili conseguiti dalla stabile organizzazione. Ciò a prescindere dal fatto che la determinazione di tali utili sia conforme o meno all'AOA.

L'imputazione per trasparenza dei redditi della stabile organizzazione esente, esaurisce le pretese dell'Amministrazione finanziaria, sia in termini di imposte che di sanzioni, con riferimento alla *branch* stessa. Ciò anche laddove venga accertato che l'attribuzione dei redditi alla stabile organizzazione non è conforme all'AOA. In ogni caso, infatti,

⁷ Come evidenziato anche nella Circolare, trattasi di pratiche finalizzate all' "innesto" artificioso all'interno di una struttura economica effettiva di un asset generatore di redditi *passive*. Ciò al fine di eludere l'applicazione delle norme, come la CFC, finalizzate all'intercettazione dei redditi *passive*.
⁸ Trattasi come noto del termine con il quale si indica l'insieme di regole fornite dall'OCSE nei documenti dalla stessa emanati (*2010 Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments* e documenti successivi quali l'Action 7) per la corretta attribuzione degli utili alle stabili organizzazioni, sulla base dei rischi assunti e delle funzioni svolte, del personale e degli asset impiegati.

l'imputazione per trasparenza permette di escludere il rischio di *profit shifting* in giurisdizioni a bassa fiscalità.

7.2. Partecipazioni "a cascata"

Si può verificare il caso in cui una società controllata estera, soggetta alla disciplina CFC, detenga il controllo di un'altra società, anch'essa soggetta alla disciplina CFC. Trattasi in estrema sintesi dell'ipotesi di controllo di un soggetto estero svolgente attività di holding di primo livello, il quale, a propria volta, detiene il controllo totalitario di un altro soggetto estero svolgente attività di holding di secondo livello. In tale ipotesi, occorre stabilire come opera il meccanismo di imputazione, al fine di chiarire se occorra o meno effettuare una pluralità di imputazioni per trasparenza.

Tale plurima imputazione determinerebbe un fenomeno di doppia imposizione, per evitare il quale si possono formulare diverse ipotesi.

In base ad una prima impostazione, si potrebbe ipotizzare che l'imputazione per trasparenza del reddito della società di secondo livello permetta di disapplicare la disciplina CFC con riferimento ad entrambe le società estere. L'imputazione per trasparenza produce infatti l'effetto di assoggettare a tassazione in Italia il reddito in questione. Tale interpretazione presuppone l'accoglimento della tesi, esposta i paragrafi precedenti, secondo la quale l'esimente può trovare applicazione anche in presenza di un livello di tassazione di gruppo congruo.

In base ad una seconda impostazione, si potrebbe ritenere che la CFC non trovi applicazione in capo alla controllata di primo livello. Tale holding, infatti, in presenza dei relativi presupposti potrebbe essere considerata come soggetta ad un regime analogo a quello italiano, purché i relativi costi non siano deducibili (cfr. *supra*, par. 3.4).

In ogni caso, occorrerebbe chiarire se i dividendi che la controllata di primo livello riceve dalla controllata di secondo livello siano da considerarsi non tassabili (per trasparenza) nei limiti dei redditi della controllata di secondo livello già imputati per trasparenza. A tale riguardo, si potrebbe applicare analogicamente l'art. 167, c. 10, TUIR. In base a tale norma gli utili distribuiti dai soggetti non residenti al soggetto residente in Italia non concorrono a formare il reddito dei soggetti controllanti residenti fino a concorrenza dei redditi imputati per trasparenza⁹.

8. FUSIONI CD. "IN ENTRATA" (PAR. 8.1, P. 102)

⁹ La Circolare precisa peraltro che tale detassazione opera solo nei limiti della quota imponibile del reddito imputato per trasparenza.

Secondo la Circolare in caso di incorporazione della società controllata estera da parte della controllata residente, le perdite della prima possono essere oggetto di riporto in avanti nei limiti di cui all'art. 172 TUIR. Tale conclusione rappresenta un superamento della posizione precedentemente assunta dall'Agenzia¹⁰. Tale conclusione si fonda sul fatto che le perdite in questione, seppur generate all'estero, hanno un legame con l'ordinamento italiano¹¹.

In tale contesto, sarebbe opportuno chiarire la sorte delle perdite maturate dalle società controllate estere, con riferimento alle quali la CFC non ha trovato applicazione e che, pertanto, non hanno una "storia fiscale" pregressa in Italia.

9. OICR

9.1. Controllo (par. 9, p. 112)

Meriterebbe alcuni chiarimenti l'ipotesi in cui un investitore detenga più del 50% della partecipazione agli utili di un OICR e quest'ultimo investa in partecipazioni di controllo di società estere. Sarebbe opportuno precisare che in tale ipotesi la disciplina CFC non può trovare applicazione. Ciò in base al principio generale contenuto nella Circolare secondo cui il controllo economico in un veicolo di secondo livello rileva solo in presenza del controllo della maggioranza dei diritti di voto nel veicolo di primo livello.

9.2. ETR *test* (par. 9, p. 114)

Nell'ipotesi in cui un OICR sia soggetto alla disciplina CFC, ciò comporterà l'imputazione per trasparenza, per le ragioni esposte dalla Circolare, dei soli proventi derivanti dai titoli atipici italiani.

A rigore, il conseguimento di redditi da titoli atipici dovrebbe determinare in ogni caso l'applicazione della disciplina CFC, nel limite dei proventi stessi, qualunque sia l'ammontare dei proventi complessivamente conseguiti dall'OICR. Il conseguimento di proventi da titoli atipici, infatti, per quanto esigui, determinerebbe una tassazione effettiva inferiore del 50% rispetto a quella italiana. Allo scopo di ridurre effetti sproporzionati, sarebbe forse opportuno forse stabilire una soglia di materialità, al fine di ridurre gli adempimenti degli OICR.

9.3. Utili distribuiti dall'OICR (par. 9, p. 115)

¹⁰ Cfr. Risoluzione 5 agosto 2008, n. 345/E.

¹¹ Cfr. Circolare, par. 8.1, p. 101, con riferimento al trasferimento di sede in ingresso: *"assumono riconoscimento le perdite fiscali pregresse della CFC maturate nel periodo di tassazione per trasparenza che, pur essendosi formate all'estero, sono da considerarsi perdite d'impresa "afferenti" all'ordinamento italiano"*.

Gli utili distribuiti da un OICR residente in Italia sono soggetti ad una tassazione pari al 26% in capo al socio. Analogo regime è previsto a determinate condizioni agli OICR stabiliti nell'Unione Europea.

E' opportuno precisare che la sopramenzionata aliquota del 26% trova applicazione anche nel caso di applicazione della disciplina CFC con imputazione per trasparenza degli utili dell'OICR in capo all'investitore. In particolare, tale aliquota troverà applicazione per la parte dei proventi eccedenti i proventi da titoli atipici già assoggettati a tassazione per trasparenza. I valori interessati non saranno di rilevante ammontare, nella maggioranza dei casi. Ad ogni modo, sarebbe forse utile una precisazione sul punto.

Si evidenzia inoltre che, come regola generale, i proventi distribuiti da OICR non armonizzati concorrono alla formazione del reddito dell'investitore e sono soggetti all'aliquota progressiva personale applicabile allo stesso. Sarebbe quindi opportuno precisare il regime fiscale applicabile ai proventi distribuiti da OICR non armonizzati soggetti alla disciplina CFC. Al riguardo, occorrerebbe chiarire se tali distribuzioni, in quanto corrispondenti a proventi imputati per trasparenza, possano beneficiare dell'aliquota del 26% (anziché concorrere alla formazione del reddito). In caso di risposta affermativa dovrebbero in ogni caso essere esclusi dalla formazione del reddito dell'investitore i proventi da titoli atipici.

Laddove l'OICR non abbia i requisiti di pluralità e autonomia propri degli organismi italiani, il reddito da imputare per trasparenza in applicazione della disciplina CFC viene determinato in base alle ordinarie regole IRES. Tale conclusione è confermata anche dalla Circolare. Al riguardo, sarebbe opportuno precisare che l'imputazione per trasparenza consente di qualificare in ogni caso come *white* i proventi (riqualificati come dividendi) successivamente distribuiti. Ciò in analogia con il regime applicabile ai dividendi distribuiti da società estere soggette al regime CFC.

10. DISTRIBUZIONE DEGLI UTILI (PAR. 10, P. 118)

10.1. Dividendi da CFC

La Circolare precisa che i dividendi distribuiti da società estere assoggettate alla disciplina CFC non sono imponibili nei limiti della quota imponibile dei redditi imputati per

trasparenza. Sono invece imponibili i dividendi corrispondenti alla quota non imponibile dei redditi precedentemente imputati per trasparenza¹² ("Dividendi da CFC").

I Dividendi da CFC, peraltro, devono essere, qualificati come utili *white*, imponibili al 5%, qualunque sia la loro provenienza. Ciò in quanto essi corrispondono a utili precedentemente imputati per trasparenza e, pertanto, assoggettati all'aliquota di imposta italiana. Sempre secondo la Circolare, tali dividendi, in quanto utili *white* si considerano come preventivamente distribuiti". Ciò in base alla presunzione contenuta nella "Finanziaria 2018"¹³.

In tale scenario, si suggerisce a codesta Agenzia di fornire alcune precisazioni di coordinamento tra le regole applicabili ai Dividendi da CFC e le altre riserve di utili. In particolare, si potrebbe precisare che:

- in caso di compresenza di riserve di Dividendi da CFC (*white* per definizione) e altre riserve di utili *white*, si considerano prioritariamente distribuiti gli utili da CFC; ciò anche in caso di partecipazione alla società controllata estera mediante una società intermedia;
- si considerano come riserve di utili *white*, soggette alla presunzione di prioritaria distribuzione:
 - o sia le riserve di utili qualificabili come *white* sulla base dei criteri vigenti nell'anno di maturazione (ciò per espressa previsione della Finanziaria 2018);
 - o sia le riserve di utili qualificabili come *white* sulla base delle indicazioni contenute nella Circolare 4 agosto 2016, n. 35/E; come noto, tale Circolare permette di qualificare come *white* i dividendi qualificabili come

¹² Con tale precisazione, l'Agenzia supera la precedente posizione (cfr. Circolare 6 settembre 2010, n. 51/E, par. 8.3, p. 52) In base a tale precedente posizione, i dividendi distribuiti dalla società controllata estera non erano imponibili nei limiti dell'intero ammontare dei redditi imputati per trasparenza. Ciò anche laddove, come con riferimento ai dividendi, tali redditi concorressero solo parzialmente alla formazione dell'imponibile. Tale nuova posizione dell'Agenzia, peraltro, è conforme al disposto della Direttiva ATAD. Questa infatti, all'art. 8, prevede che i Dividendi CFC non siano imponibili nei limiti della sola quota imponibile dei redditi precedentemente tassati per trasparenza.

¹³ Cfr. L. 27 dicembre 2017, n. 205, art. 1, comma 1008. In base a tale presunzione, in presenza di riserve formate sia con utili *white* che con utili *black*, gli utili distribuiti si presumono prioritariamente attinti, ovviamente fino a concorrenza, dalle riserve di utili *white*. La Circolare (par. 10, p. 120) precisa che "questa regola di imputazione prioritaria degli utili *white* rispetto agli utili *black* trova applicazione anche per gli utili qualificati *white* in base a quanto appena detto, cioè per quella quota di utili realizzati dall'entità controllata estera in un periodo di imposta in cui abbia trovato applicazione la disciplina CFC, nella misura in cui eccedano l'importo dell'imponibile imputato per trasparenza al socio residente".

tali in base al criterio vigente nell'anno di distribuzione (applicato sia al momento della distribuzione che a quello della maturazione¹⁴).

10.2. Dividendi distribuiti in caso di non applicazione della disciplina CFC

Sarebbero opportune alcune precisazioni con riferimento al regime applicabile ai dividendi distribuiti dalla società controllata estera in caso di mancata applicazione della disciplina CFC. Ciò può avvenire per assenza dei presupposti applicativi della disciplina o a seguito di previa disapplicazione della disciplina CFC, mercè dimostrazione dell'esimente¹⁵.

In linea di principio, tali dividendi dovrebbero essere soggetti alla disciplina ordinaria dei dividendi esteri. Essi dunque saranno qualificabili come *white* o *black* a seconda del regime fiscale in concreto applicato alla società controllata estera. Saranno naturalmente considerati in linea di principio *white* i dividendi distribuiti da società UE, salvo che non provengano da Stati *black list*.

Particolari considerazioni trovano tuttavia applicazione per i flussi di dividendi *black list*, "triangolati" tramite società UE, laddove sia applicabile la Direttiva c.d. madre-figlia¹⁶.

In precedenti documenti di prassi¹⁷, l'Agenzia aveva previsto che in tale ipotesi, nonostante la provenienza *black list*, prevalesse la citata Direttiva. Ciò tuttavia a condizione che "la partecipazione nel soggetto localizzato nel tax haven non sia detenuta

¹⁴ Si potrebbe in tal modo superare la precedente posizione assunta dall'Agenzia nella Circolare 6 settembre 2010, n. 51/E, par. 8.1, p. 49, ove viene precisato che "[i]n mancanza di un criterio espresso previsto dal legislatore, si ritiene che la società conduit debba documentare di volta in volta la provenienza degli utili (se da Stati o territori a fiscalità privilegiata, o meno) distribuiti al socio residente. In altri termini, in base ad una ricostruzione analitica della provenienza degli utili distribuiti al socio residente dalla conduit "white", si renderà applicabile il regime di imposizione integrale nel caso di utili di provenienza *black list*, ovvero di parziale imponibilità per gli utili non provenienti da territori o Stati a fiscalità privilegiata". Tale posizione è già stata in parte superata a seguito della presunzione contenuta nella Finanziaria 2018. Tale presunzione di prioritaria distribuzione si applicava tuttavia solo ai dividendi qualificati come *white* in base ai criteri vigenti nell'anno di maturazione. Non vi sono indicazioni in merito al superamento della posizione dell'Agenzia per quanto riguarda gli utili *white* qualificabili come tali in base ai criteri vigenti nell'anno di distribuzione (come consentito dalla Circolare 4 agosto 2016, n. 35/E).

¹⁵ Si rammenta che ai sensi dell'art. 89 TUIR i dividendi in questione, in caso di dimostrazione dell'esimente, sono imponibili in misura pari al 50% (cd. *semi dex*). Inoltre, in caso di controllo del soggetto estero non residente è concesso, a determinati limiti, un credito di imposta in misura pari alle imposte versate dal soggetto estero.

¹⁶ Cfr. Direttiva 2011/96/UE del Consiglio, del 30 novembre 2011.

¹⁷ Cfr. Circolare 6 settembre 2010, n. 51/E, par. 8, p. 47.

tramite la società figlia allo scopo di evitare artificialmente che i redditi siano tassati in maniera congrua".

Apparentemente, la condizione richiesta dall'Agenzia per la "prevalenza" della Direttiva coincideva con la causa di disapplicazione per la CFC cd. "white" di cui all'art. 167, comma 8-bis, TUIR. A propria volta, tale esimente, pur con alcune specificità, presenta molti punti di contatto con l'attuale esimente.

Se ne potrebbe dunque dedurre che, ora come allora, la dimostrazione dell'esimente relativa alla disciplina CFC permette di qualificare come white i dividendi black "triangolati" mediante società europee.

Senonché, in una successiva pronuncia l'Agenzia ha precisato che "[l]a circostanza che la società intermedia UE abbia ottenuto la disapplicazione della disciplina CFC di cui all'art. 167, comma 8-bis, del T.U.I.R., non essendo considerata una 'costruzione di puro artificio, non esclude che la medesima possa considerarsi un mero veicolo interposto per evitare l'imposizione integrale dei dividendi in capo alla controllante italiana'¹⁸.

Con ogni probabilità, con tale pronuncia, l'Agenzia ha voluto far salva la possibilità di disconoscere il beneficio della Direttiva in presenza di un'attività effettiva, ma non "congrua" rispetto alla detenzione dell'*asset* che genera il flusso finanziario. Ciò ad esempio si può verificare nei già menzionati casi di *swamping*, riscontrabili laddove in una struttura commerciale effettiva sia "innestata" una partecipazione non coerente con la struttura nel suo complesso.

La Circolare sembra riprendere in parte la suddetta conclusione¹⁹. In particolare, la Circolare precisa che eventuali fenomeni di *swamping* potranno essere eventualmente contrastati dall'Agenzia mediante gli ordinari strumenti di cooperazione internazionale²⁰.

In sintesi, si potrebbe concludere che, in caso di triangolazioni di dividendi *black* tramite società UE, la dimostrazione dell'esimente (non artificialità) permetterebbe al contribuente, in linea di principio, di beneficiare della Direttiva. Resta naturalmente salvo il potere dell'Agenzia di contrastare eventuali fenomeni di *swamping* mediante il ricorso agli strumenti di cooperazione internazionale. L'Agenzia si riserva inoltre il potere di utilizzare ogni altro strumento eventualmente applicabile (la Circolare fa ad esempio riferimento all'istituto del beneficiario effettivo).

Restava e resta ancora peraltro da chiarire il rapporto tra eventuali rilievi in tema di *swamping* e l'eventuale qualifica di beneficiario effettivo²¹. Sarebbe opportuno chiarire se,

¹⁸ Cfr. Principio di diritto n. 20 del 31 dicembre 2018.

¹⁹ Cfr. Circolare, par. 6, p. 82.

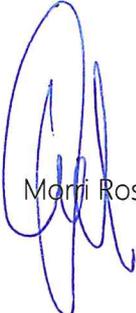
²⁰ Cfr. Circolare, par. 6, p. 82.

ad esempio, una volta riconosciuta la non artificiosità della struttura, la qualifica di beneficiario effettivo del flusso reddituale possa essere ancora contestata. Sotto altro profilo, ci si potrebbe chiedere - laddove l'Agenzia riscontrasse un fenomeno di *swamping*, con riferimento ad una determinata partecipazione - se ciò comporti automaticamente il disconoscimento della qualifica di beneficiario effettivo. Al riguardo, si suggerisce di evitare facili automatismi, auspicando l'opportunità di una valutazione caso per caso. Viceversa, la dimostrazione, in positivo, della qualifica di beneficiario effettivo dovrebbe rappresentare un importante elemento a dimostrazione della non artificiosità dell'"innesto" e pertanto dell'assenza dello *swamping*. Tale circostanza dovrebbe permettere di disapplicare la disciplina CFC.

* * *

Si ringrazia nuovamente codesta Agenzia per l'opportunità offerta e si rimane a disposizione per qualsiasi chiarimento e approfondimento. Eventuali richieste al riguardo possono essere inviate all' Avv. Stefano Morri (stefano.morri@morrirossetti.it), oppure Dott. Davide Rossetti (davide.rossetti@morrirossetti.it) o all'Avv. Francesco Nicolosi (francesco.nicolosi@morrirossetti.it), c/o Studio Morri Rossetti e Associati, Piazza E. Duse 2, Milano, 20121, Tel. +39 02 7607971, Fax +39 02 760797206

È gradita l'occasione per porgere cordiali saluti.



Morri Rossetti

²¹ Il dubbio sorge in virtù di un passaggio della Circolare, par. 6, p. 82, ove viene evidenziato che "al fine di garantire un adeguato presidio degli interessi erariali e, quindi, di evitare comportamenti posti in essere allo scopo di dimostrare - strumentalmente - la sussistenza dell'esimente, "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 (c.d. effetto di "swamping"), l'Amministrazione finanziaria, in sede di verifica e sulla base di apposita analisi di rischio, dovrà [...] valutare l'attivazione delle previste procedure di cooperazione amministrativa con gli altri Stati eventualmente interessati. Resta ferma, a seconda dei casi, l'utilizzabilità anche di altri strumenti eventualmente applicabili (ad esempio, le discipline di contrasto alla "esterovestizione" e all'interposizione ovvero la verifica delle condizioni per riconoscere la qualifica di beneficiario effettivo, etc.)".