



mwe.com

Dott. Andrea Tempestini
atempestini@mwe.com
+39 02 3657 5701

Milano, 4 agosto 2021

Spett.le
Agenzia delle Entrate
Via Giorgione, 106
00147 Roma (RM)

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

Oggetto: Consultazione sulla Bozza di Circolare che fornisce chiarimenti in merito alla disciplina sulle Società controllate estere (Controlled Foreign Companies – “CFC”) e sullo Schema di Provvedimento contenente i nuovi criteri per determinare con modalità semplificata il requisito dell’effettivo livello di tassazione di cui all’articolo 167, comma 4, lettera a) del Tuir.

Egregi Signori,

Ringraziamo anzitutto per l’opportunità offerta a contribuenti ed operatori di fornire commenti e proposte di modifica sulla bozza di circolare (di seguito, la “**Bozza di Circolare**”) e lo schema di provvedimento (di seguito, lo “**Schema di Provvedimento**”) di cui all’oggetto, nell’altrettanto gradita e meritevole finalità di raccogliere e considerare i contributi di tutti i soggetti interessati su tematiche – come questa – di particolare rilevanza e complessità tecnica.

Desideriamo anche esprimere apprezzamento per il pregevole lavoro di analisi e razionalizzazione svolto da codesta spett.le Agenzia delle Entrate, contenente indicazioni anche su aspetti e problematiche della disciplina CFC che finora erano rimaste nell’ombra. È con questo spirito che abbiamo raccolto l’invito alla pubblica consultazione e che rimettiamo le nostre considerazioni, nell’auspicio che esse siano ritenute utili.

I nostri commenti sono riportati di seguito, seguendo la logica espositiva richiesta, ossia: Tematica - Paragrafi della circolare / Punti del provvedimento interessati - Osservazioni / Contributi (questi ultimi sono evidenziati in grassetto nel testo, per facilità di identificazione).

Si precisa inoltre che i termini non diversamente definiti nel presente documento hanno lo stesso significato loro attribuito nella Bozza di Circolare e Schema di Provvedimento.

Infine, si autorizza la pubblicazione di questo documento con le modalità previste da questa pubblica consultazione.



1. AMBITO SOGGETTIVO (PAR. 2 DELLA BOZZA DI CIRCOLARE)

1.1. Si chiede di **chiarire il rapporto intercorrente tra la nozione di stabile organizzazione di cui all'art. 162 TUIR e le norme contenute nelle Convenzioni contro le doppie imposizioni**. In proposito, a p. 21 della Bozza di Circolare si afferma quanto segue: *“per quanto riguarda la nozione di stabile organizzazione rilevante ai fini dell'applicazione della disciplina CFC, occorre fare riferimento a quanto previsto dall'articolo 162 del TUIR, fatta salva l'applicazione di definizioni più restrittive previste dall'eventuale Convenzione per evitare le doppie imposizioni applicabile nel caso di specie”*. Sarebbe opportuno chiarire che il riferimento alle *“definizioni più restrittive”* di stabile organizzazione previste a livello convenzionale debba intendersi nel senso della limitazione, rispetto alla norma interna, delle ipotesi in cui è configurabile una stabile organizzazione. Al fine di rendere chiaro ed inequivoco il passaggio della Bozza di Circolare, lo si potrebbe riformulare come segue: *“per quanto riguarda la nozione di stabile organizzazione rilevante ai fini dell'applicazione della disciplina CFC, allorché risulti applicabile nel caso di specie una Convenzione per evitare le doppie imposizioni dovrebbe farsi riferimento alla nozione contenuta nella Convenzione, salva l'ipotesi in cui essa risulti meno favorevole per il contribuente (e, cioè, preveda requisiti meno stringenti per la configurazione di una stabile organizzazione rispetto all'art. 162 del TUIR), giusta il principio di non aggravamento di cui all'art. 169 del TUIR. Qualora, invece, non ricorrano i presupposti applicativi di una Convenzione per evitare le doppie imposizioni, occorre fare riferimento a quanto previsto dall'articolo 162 del TUIR”*.

2. REQUISITO DEL CONTROLLO (PAR. 3 DELLA BOZZA DI CIRCOLARE).

2.1. Con riferimento all'integrazione del controllo nel caso delle *joint venture* partecipate in modo paritetico, si chiede di **chiarire**, anche mediante appositi esempi, **a quali poteri dei soci debba farsi riferimento ai fini della verifica dell'influenza dominante sulla *joint venture***.

3. LIVELLO DI TASSAZIONE EFFETTIVA ESTERA (PAR. 4.1. DELLA BOZZA DI CIRCOLARE; PAR. 5 DELLO SCHEMA DI PROVVEDIMENTO)

3.1. È anzitutto apprezzabile la novità contenuta nell'art. 5.1. b) dello Schema di Provvedimento nella parte in cui consente il computo, nel livello di tassazione effettiva estera, anche delle imposte assolute a titolo definitivo in relazione al reddito della controllata estera in giurisdizioni diverse da quella di localizzazione della controllata estera medesima, da parte di quest'ultima e/o da parte di altri soggetti (ad esempio in forza di normative CFC estere applicabili a livelli intermedi della catena societaria).

3.2. Viene inoltre mantenuta la previsione (v. art 5.1. lett. c) dello Schema di Provvedimento) relativa al computo delle imposte di competenza della controllata estera, singolarmente considerata, allorché essa aderisca ad una forma di tassazione di gruppo prevista nello Stato estero. Su questo aspetto si segnala che i regimi di consolidato fiscale vigenti in altri ordinamenti talora non si limitano a prevedere una somma algebrica dei redditi imponibili isolatamente considerati (come accade nel regime domestico italiano) ma si spingono, di fatto,



a identificare un unico soggetto di imposta (il sotto gruppo composto dalla società localizzate in quel paese) determinando un unico reddito imponibile, secondo questa finzione. Come conseguenza di tale diversa impostazione, simili regimi di consolidato esteri: **(i)** da un lato, prevedono che le operazioni intercorse tra le società che ne fanno parte sono elise anche in ottica fiscale e **(ii)** dall'altro, comportano che eventuali riaddebiti tra le società appartenenti al gruppo consolidato non siano sempre puntualmente regolamentati, anche sotto un profilo civilistico.

Al fine di assicurare un confronto omogeneo tra i livelli di tassazione effettiva, in relazione a tali casi sarebbe opportuno:

a) precisare che la determinazione dell'imposta di competenza della controllata estera, singolarmente considerata, può tener conto degli effetti che si sarebbero prodotti sulla sua posizione fiscale "stand alone" se il regime di tassazione di gruppo non fosse stato attivato. In questo modo, a titolo meramente esemplificativo:

- eventuali dividendi distribuiti internamente al sotto gruppo estero oggetto del regime di consolidato fiscale, ove elisi in aderenza alla finzione dell'unico soggetto di imposta, non dovrebbero essere considerati come integralmente esclusi da imposizione, bensì dovrebbero essere (virtualmente) assoggettati al regime di tassazione loro proprio (quello cioè applicabile in assenza di consolidato fiscale, in coerenza dunque con la previsione sopra citata dello Schema di Provvedimento: v. però su questo la più radicale proposta di cui al successivo par. 4.2).
- se la società A del sottogruppo non procedesse a riaddebitare costi di pertinenza di altre società del medesimo sotto gruppo, l'imposta di sua competenza dovrebbe essere ri-determinata come se quel riaddebito avesse avuto luogo.

Il rischio di una diversa impostazione è quello di ignorare solo una parte degli effetti e delle logiche del regime di tassazione di gruppo locale (quando declinato nella logica dell'unico soggetto di imposta) con effetti evidentemente distorsivi nel confronto con il livello di tassazione virtuale italiana. A questi ultimi fini, infatti, nei casi sopra esemplificati: **(i)** i dividendi sarebbero imponibili nella misura del 5%, marcando una differenza rispetto al regime estero che non ha a che vedere con una diversa declinazione, da parte del medesimo, del regime di *Participation exemption* (di seguito, **PEX**), bensì deriva da un diverso e più radicale approccio adottato all'estero con conseguenze ben più ampie (a ben vedere, la situazione ha punti di contatto con quanto accade relativamente a società di persone estere in doppia trasparenza o stabili organizzazioni tassate in capo alla casa madre estera), e **(ii)** i costi non riaddebitati sarebbero ritenuti privi del requisito di inerenza.

b) consentire che il calcolo del livello di tassazione effettiva sia misurato a livello di bilancio consolidato del sottogruppo (quando presente), e ciò tanto per quanto concerne l'imposta estera che per quanto concerne quella (virtuale) italiana.



- 3.3. Un ulteriore elemento di rilevante novità dello Schema di Provvedimento è quello di cui all'art. 5.1., lettera (i), che, diversamente dal precedente Provvedimento n. Prot. 143239, impone di considerare gli effetti di qualsiasi agevolazione fruita dalla controllata o risultante da un apposito accordo con l'Amministrazione fiscale estera.

Pur consapevoli che questa posizione possa essere giustificata alla luce della assenza di deroghe al riguardo nella Direttiva UE 2016/1164 (di seguito, la “**Direttiva ATAD**”), **si dovrebbe almeno prevedere la neutralizzazione di quelle agevolazioni di carattere opzionale che hanno caratteristiche simili a quelle previste nell'ordinamento tributario italiano**, stante la speculare impossibilità di tenerne conto nel computo del livello di tassazione effettiva italiana (v. art. 5.1., lettera f) dello Schema di Provvedimento).

4. LIVELLO DI TASSAZIONE EFFETTIVA ITALIANA (PAR. 4.1.2. DELLA BOZZA DI CIRCOLARE E ART. 5.1. DELLO SCHEMA DI PROVVEDIMENTO)

- 4.1. Un primo rilevante elemento di novità è l'esclusione del regime di Aiuto alla Crescita Economica (di seguito, l'“**ACE**”), di cui al decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, motivato dalla esplicita previsione della sua irrilevanza in caso di tassazione per trasparenza *ex art.* 167, comma 7, TUIR. Per molte imprese il computo dell'ACE di controllate estere ha costituito un fattore importante per il superamento del test del livello di tassazione effettiva (di seguito, l'“**Effective Tax Rate Test**” o “**ETR Test**”), e questa novità costituisce un elemento di sicuro sfavore per i contribuenti, sul quale sarebbe opportuno un ripensamento. **La previsione normativa che esclude l'applicazione del regime ACE in caso di applicazione della normativa CFC non implica necessariamente che esso non possa essere invece tenuto in considerazione ai fini dell'ETR Test: si auspica quindi che la posizione sia riconsiderata.** Sia nel sistema *ante* ATAD che in quello attuale, infatti, vi sono diversi esempi di norme che hanno una diversa applicazione, ai fini dell'ETR Test e dell'effettiva tassazione in base alla disciplina CFC (laddove applicabile): un esempio, fra tanti, è rappresentato dalle stesse differenze temporanee che vengono “sterilizzate” solo ai fini della misurazione dell'ETR Test e non in caso di effettiva tassazione per trasparenza o, ancora, dai limiti al riporto delle perdite.
- 4.2. Lo Schema di Provvedimento ripropone infine all'art. 5.1, lett. g), la norma che equipara i regimi di PEX esteri (al 100%) a quello italiano, allorché nei primi venga prevista l'integrale indeducibilità dei costi connessi alle partecipazioni.

Anzitutto, e sotto un profilo generale, si ritiene che questa norma comporti analisi e valutazioni relative al funzionamento di ordinamenti esteri che potrebbero dare luogo ad esiti non sempre lineari (si pensi, ad esempio, alla non univoca identificazione di quali siano i costi connessi di cui si pretende l'indeducibilità) e tradursi in un onere amministrativo sproporzionato rispetto allo scopo. E ciò con il rischio di ancorare il giudizio di equivalenza ad un profilo – quello dell'indeducibilità dei costi connessi alle partecipazioni – che non tiene conto di altri e altrettanto rilevanti aspetti, collegati alle caratteristiche complessive del sistema (si pensi alla



eventualità in cui vengano previste limitazioni più stringenti di quelle italiane sul regime di deduzione degli interessi passivi connessi all'acquisto di partecipazioni).

Ci si chiede quindi se non sia **preferibile affermare l'equivalenza tra un regime di esenzione superiore al 95% (es. 100% o 99%) e quello italiano a prescindere dal regime dei costi connessi**, semmai limitando la verifica richiesta alla speculare indeducibilità di svalutazioni o minusvalenze su partecipazioni che si qualificano per l'esenzione.

Ad ogni modo si ritiene che **ove venga mantenuta l'attuale impostazione** si debba almeno **esplicitare che la verifica deve essere effettuata separatamente per plusvalenze e dividendi, in ragione del regime dei costi connessi a ciascuna categoria reddituale (chiarendo peraltro come identificare tali costi), e** che, almeno laddove la detassazione dei dividendi in misura superiore al 95% derivi dalla applicazione di un regime di tassazione su base consolidata (o anche dalla esistenza di un regime di **doppia trasparenza tra partner non residente e entità trasparente non residente**, di cui al paragrafo 4.3.2. della Bozza di Circolare), **si affermi l'equivalenza con il regime italiano oppure si consideri, in ulteriore subordine, il regime di tassazione ordinariamente applicabile all'estero in assenza di consolidato fiscale.**

4.3. Per connessione con il caso appena menzionato della **doppia trasparenza per partecipazioni indirette in entità trasparenti**, si chiede di **esplicitare come debbano essere trattati, ai fini del calcolo combinato dell'ETR Test, eventuali rapporti *intercompany* tra partner e partnership** (si pensi a titolo di esempio, a finanziamenti intercorsi tra le due entità che hanno generato interessi passivi per una e attivi per l'altra, o vendite di beni o cespiti da una all'altra, che hanno dato luogo nell'esercizio **(i)** per una un provento o perdita e **(ii)** per l'altra a nessun risultato reddituale, stante la mancata rivendita del bene/cespite). Il tema si pone in questo caso anche per il calcolo del livello di tassazione effettiva estera dovendosi chiarire su quali basi si debba procedere, tenuto conto della novità della posizione adottata al riguardo nella Bozza di Circolare.

5. TEMI COMUNI ALLA DETERMINAZIONE DEL LIVELLO DI TASSAZIONE EFFETTIVA: LE DIFFERENZE TEMPORANEE (PAR. 5.1. LETT. D) DELLO SCHEMA DI PROVVEDIMENTO E PAR. 4.1.1. E 4.1.2. DELLA BOZZA DI CIRCOLARE)

5.1. In via preliminare, riteniamo utile che la Bozza di Circolare **chiarisca alcuni degli elementi fondanti della disciplina delle differenze temporanee**. In particolare, andrebbe chiarito se le differenze temporanee da neutralizzare nel calcolo del livello di tassazione effettiva italiana ed estera, al ricorrere delle relative condizioni, **debbono essere apprezzate separatamente nel comparto italiano ed estero**, confrontando le modalità di concorso del componente reddituale ai fini fiscali (rispettivamente, italiani ed esteri) con il rispettivo trattamento contabile, a nulla rilevando la circostanza che il disallineamento rispetto ai risultati di bilancio sia il medesimo nell'ordinamento italiano ed in quello estero.



In altri termini, ipotizzando il caso di un ammortamento che segue la medesima cadenza fiscale nell'ordinamento italiano ed in quello estero (ad esempio, si pensi ad un cespite ammortizzabile a fini fiscali in 18 anni sia secondo le regole fiscali italiane che secondo quelle estere e che, invece, è imputato a conto economico su un diverso arco temporale pari a 10 anni, ai fini contabili), andrebbe chiarito se in questo caso **(i)** si debba comunque procedere alla sterilizzazione della differenza temporanea ovvero **(ii)** si debba, o si possa, soprassedere alla sterilizzazione.

La prima impostazione (ossia neutralizzazione della differenza a prescindere da come essa si declini nell'ordinamento fiscale italiano ed estero) risponde a finalità di semplificazione comportando l'“aggancio” dei due imponibili ai risultati contabili, ma potrebbe comportare distorsioni di cui si dirà nei paragrafi che seguono. **Per inciso peraltro la logica di aggancio ai risultati contabili sembra contraddetta dal riferimento, a pag. 46 della Bozza di Circolare, alla “deduzione anticipata di costi rilevati in bilancio solo prudenzialmente” come un caso di differenza temporanea** (a riversamento non certo e predeterminato): in questo caso non vi sarebbe nell'ordinamento estero alcuna differenza temporanea tra risultato civile e fiscale, essendovi semplicemente la deduzione di un costo stimato. **Si suggerisce, quindi, di riformulare il riferimento.**

- 5.2. L'esemplificazione nella Bozza di Circolare delle differenze temporanee a riversamento certo e predeterminato (e non) è apprezzabile ed utile, **ma sarebbe opportuno almeno chiarire la categoria di appartenenza di componenti reddituali di carattere valutativo (come le differenze cambio o i derivati, ad esempio), la cui sterilizzazione incondizionata (secondo il regime delle differenze a riversamento certo) costituirebbe una significativa semplificazione. Lo stesso dicasi per i fenomeni competenza-cassa destinati, per loro natura (si pensi ai dividendi o ai compensi degli amministratori), ad un riversamento ravvicinato, e per i quali non si pongono le preoccupazioni esplicitate nella Bozza di Circolare.**
- 5.3. Desta peraltro perplessità il trattamento delle altre differenze temporanee (ossia quelle ritenute a riversamento non certo e non predeterminato) previsto nello Schema di Provvedimento.

In base all'attuale formulazione dello Schema di Provvedimento, infatti, tale ipotesi di sterilizzazione pare operare in modo asincrono ai fini dei due livelli di tassazione effettiva. In altri termini, ove vi fosse una differenza temporanea a riversamento non certo e non predeterminato che, per ipotesi, si declinasse in maniera analoga tra i due ordinamenti (i.e. quello fiscale estero e quello fiscale italiano), questa dovrebbe essere sterilizzata solo se, e solo nel comparto in cui, tale sterilizzazione dovesse produrre un effetto penalizzante ai fini dell'ETR Test (i.e. nel comparto dell'ETR Estero ove riduca il livello di tassazione estera; in quello virtuale italiano, ove incrementi il livello di tassazione virtuale italiana).

Per fare un esempio, si ipotizzi il caso di una controllata estera che:



- contabilizza un dividendo (di provenienza *white*) “per competenza” nell’esercizio X e lo incassa nell’esercizio X+1.
- è residente in una giurisdizione in cui i dividendi assumono rilevanza fiscale in base al principio di cassa (come in Italia) e sono esclusi nella misura del 5% (per semplicità si ipotizzi anche che l’aliquota nominale dell’imposta estera sia identica o anche maggiore di quella italiana).

Per semplicità di esposizione, si ipotizzi che tale dividendo sia l’unico componente reddituale dell’anno.

In questo caso, la disposizione dello Schema di Provvedimento comporterebbe l’identificazione di questa come “differenza temporanea” (del tipo competenza-cassa) e precisamente come un caso di imposizione differita di un componente positivo di reddito. Trattandosi di variazione non a riversamento certo e predeterminato, inoltre, l’attuale formulazione dello Schema di Provvedimento (v. art. 5.1, lettera d), punto sub ii) ne prevede la sterilizzazione solo nel calcolo del livello di tassazione italiano (e non in quello estero). Il risultato di tale sterilizzazione “asincrona” è che l’ETR Test risulterebbe fallito nell’anno X in cui, in via del tutto artificiosa ed illogica **(i)** si dovrebbe rilevare un’imposta virtuale italiana corrispondente alla quota di ricavo contabilizzato rilevante fiscalmente (nella misura del 5% ma in sede di successivo incasso) e invece **(ii)** si dovrebbe ignorare il medesimo reddito (e la corrispondente imposta estera) ai fini del calcolo dell’ETR estero.

Andrebbe poi precisato se l’art. 5.1, lettera d) dello Schema di Provvedimento (relativo alla sterilizzazione delle differenze temporanee) sia una previsione ad applicazione obbligatoria o meno. Al riguardo si osserva che, se da un lato tale previsione ha lo scopo di semplificare lo svolgimento del calcolo dell’ETR Test, una sua applicazione obbligatoria risulterebbe iniqua, soprattutto se fosse confermata l’attuale impostazione sulle differenze temporanee a riversamento non certo e non predeterminato, che producono solo effetti sfavorevoli per il contribuente.

Alla luce di quanto precede, si ritiene che **lo Schema di Provvedimento dovrebbe prevedere (a) che la neutralizzazione delle differenze temporanee sia facoltativa** (trattandosi peraltro di una semplificazione, che come tale, dovrebbe avere natura opzionale pur se da applicare coerentemente nel tempo, a livello di singola controllata estera) **e/o (b) che per quelle di cui all’art. 5.1, lettera d), par. (i) e (ii), la sterilizzazione operi in entrambi i comparti allorché e nella misura in cui il medesimo componente reddituale concorra alla formazione dell’imponibile con modalità disallineate rispetto al risultato civilistico ma in tutto o in parte sovrapponibili nei due ordinamenti.**

- 5.4. Per connessione di argomento, è utile sottolineare come la Bozza di Circolare nel par. 7.1. riproponga l’impostazione già avanzata in precedenti documenti di prassi (cfr. Circolare n. 23/E del 2011), secondo cui nel calcolo del livello di tassazione virtuale italiana e della tassazione CFC (se applicabile) **il contribuente ha la facoltà di procedere in via**



semplificata ai relativi calcoli assumendo, in ciascun anno, come punto di partenza, i valori delle attività e passività risultanti dal bilancio della annualità precedente, come se si trattasse del primo anno di applicazione dell'ETR Test o del regime. In tale ipotesi occorrerebbe che la Bozza di Circolare chiarisca:

5.4.1. **Se questo approccio semplificato possa essere utilizzato discrezionalmente e in alternanza (nel tempo) con quello in continuità**, nel senso che sia possibile ad esempio utilizzarlo per un certo numero di anni, e di lì in poi passare ad un calcolo in continuità o viceversa;

5.4.2. **Come debbano essere trattate in questo approccio semplificato le differenze temporanee:**

5.4.2.1.1. **Che si generano nell'anno** (a nostro avviso queste differenze temporanee andrebbero sempre sterilizzate, al ricorrere delle relative condizioni);

5.4.2.1.2. **Che si riversano da annualità precedenti** (a nostro avviso queste differenze non dovrebbero essere sterilizzate, salvo che rivenienti da annualità nelle quali la sterilizzazione è stata operata ai fini dell'ETR Test o della tassazione CFC).

5.5. La Bozza di Circolare commenta inoltre il caso nel quale sia stata pagata un'**imposta sostitutiva per il riconoscimento all'estero di maggiori valori fiscali**, e afferma il principio che tale imposta non dovrebbe essere conteggiata nel livello di tassazione estera dell'anno, bensì in quello nel quale gli effetti di tale riconoscimento fiscale si producono, in forma ad esempio di maggiori deduzioni o minori ricavi imponibili.

Questo tema non ci pare abbia stretta attinenza a quello delle differenze temporanee ben potendo riguardare anche casi (come quello ad esempio di una rivalutazione sia civilistica che fiscale) nei quali non si registra una differenza temporanea in senso proprio, e ciò nonostante l'imposta dovuta deve essere riallocata negli esercizi nei quali essa produce i propri effetti sul reddito imponibile. **Suggeriremmo al riguardo di valutare (eventualmente anche attraverso una norma di carattere interpretativo da includere nello Schema di Provvedimento), l'estensione delle conclusioni di cui sopra ad ogni ipotesi in cui venga assolta un'imposta al fine di dare riconoscimento fiscale a valori che genereranno deduzioni fiscali/minori ricavi imponibili o anche di affrancare (detassandoli) futuri componenti reddituali** (questo è il caso del regime statunitense che ha consentito, col pagamento di un'imposta *one off*, il rimpatrio di dividendi esteri), **prevedendo il conteggio dell'imposta negli anni in cui si producono i relativi effetti sull'imponibile** (fatta salva l'ulteriore correzione relativa alle differenze temporanee allorché tali effetti siano disallineati rispetto a quelli contabili e si intenda o si debba – a seconda della impostazione che verrà adottata - avvalersi della neutralizzazione di tali differenze, al ricorrere delle relative condizioni).



5.6. In conclusione, va sottolineato che le modalità di calcolo del livello di tassazione effettiva presentano – relativamente alle differenze temporanee, ma non solo – oggettivi elementi di complessità specie se si pensa al numero elevato di controllate estere che un gruppo potrebbe detenere e, quindi, alla necessità di moltiplicare i calcoli per il numero delle controllate medesime, tenendo conto che tali calcoli non assumono rilevanza solo ai fini della normativa CFC (per la quale occorre sia integrato anche l'altro presupposto del *passive income test*), ma anche al fine di tracciare (per le società extra UE/SEE) la natura (pro futuro) del regime dei dividendi dalle medesime provenienti. Ci si chiede quindi se, almeno in presenza di bilanci redatti con principi contabili di matrice internazionale e quindi affidabili, non si possa compiere un passo ulteriore nella direzione della semplificazione.

6. PROVENTI PASSIVE (PAR. 5 DELLA BOZZA DI CIRCOLARE E PER CONNESSIONE PAR. 4.2.)

6.1. *In primis* va osservato che la posizione assunta relativamente ai proventi derivanti da attività bancaria, assicurativa e altre attività finanziarie amplia in maniera significativa, rispetto al passato, e per gli operatori interessati, il perimetro delle controllate estere che integrano la condizione di cui all'art. 167, comma 4, lettera b) TUIR. Si ritiene che al fine di evitare aggravii sproporzionati per i contribuenti, sia **opportuno identificare fattispecie tipiche per le quali la condizione può considerarsi non ricorrente**.

6.2. Venendo alla novità relativa ai proventi derivanti dalla compravendita di beni e prestazioni di servizi intragruppo, si osserva che la posizione assunta nella Bozza di Circolare amplia il perimetro di questa categoria di proventi ben oltre le intenzioni del legislatore nazionale ed il contenuto della Direttiva ATAD.

6.3. Va infatti ricordato che l'art. 7 par. 2 della Direttiva ATAD include testualmente nella categoria dei proventi “*passive*” i “*vi 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*” (sottolineatura aggiunta). È evidente, quindi, come il riferimento fosse a quelle società che operano in un contesto *captive* alimentando un flusso di fatturazione (*in* e *out*) di fatto solo cartolare (in questo senso leggiamo il riferimento alle “società di fatturazione”, con un apporto nullo o scarso da parte delle medesime). Ed è altrettanto evidente come la fattispecie possa ritenersi integrata quando sia l'acquisto che la rivendita siano rispettivamente da e a favore di società del gruppo, posto che l'esistenza di un rapporto con terzi, a monte o a valle della catena, rende per definizione i proventi rivenienti dalle relative transazioni meno mobili (e cartolari) – e dunque non meritevoli di essere qualificati come proventi *passive* –, fermo restando il presidio della disciplina sul *transfer pricing* per arginare indebite riallocazioni di reddito.

6.4. Nell'iter di approvazione del D. Lgs. n. 142 del 29 novembre 2018, attuativo della Direttiva ATAD (di seguito, il **Decreto ATAD**) l'originario riferimento ai proventi derivanti dalla vendita di beni e prestazioni di servizi a società del gruppo è stato sostituito dal riferimento, alla compravendita di beni, per i primi, lasciando invece inalterata la previsione originaria per



i servizi (la cui regolamentazione è stata solo spostata in una numerazione separata). Nella relazione al decreto si legge che la finalità di questa modifica è quella di allineare la norma al testo della Direttiva ATAD. Se così è, allora il riferimento alla compravendita deve intendersi evidentemente a casi di acquisto e rivendita intragruppo, con l'esplicita intenzione di correggere (e limitare) la formulazione originaria, che invece legittimava l'inclusione anche di ipotesi di vendita intragruppo di beni acquistati da terzi. Per i servizi, permane nella lettera della disposizione un perimetro più ampio di quello della Direttiva ATAD (facendosi riferimento alle sole prestazioni a società del gruppo senza riferimenti all'origine dei servizi resi, ossia se acquistati da terzi o da società del gruppo o autoprodotti) che potrebbe giustificarsi in ragione dell'analogia previsione contenuta nel previgente articolo 167, comma 8-*bis* TUIR.

- 6.5. Sulla base di quanto precede si ritiene che la **posizione di cui alla Bozza di Circolare**, in particolare **per quanto concerne la previsione relativa alla compravendita di beni, secondo cui rientrerebbero nella categoria dei *passive income* anche i casi di vendita intragruppo di beni acquistati da terzi o di vendita a terzi di beni acquistati intragruppo** (ovviamente subordinatamente all'ulteriore condizione del valore aggiunto nullo o scarso) **andrebbe rimeditata, ripristinando la limitazione ai soli casi di acquisto e vendita intragruppo**. Ciò alla luce **(i)** dell'iter legislativo che è stato rappresentato sopra e **(ii)** della latitudine delle fattispecie che vi rientrerebbero con conseguenti oneri amministrativi non insignificanti (e ingiustificati) di monitoraggio e *compliance*.
- 6.6. In ogni caso, **qualora questa Agenzia intendesse mantenere l'impostazione adottata nella Bozza di Circolare** riteniamo che almeno essa **dovrebbe (a) chiarire meglio e più compiutamente il perimetro di questa fattispecie**, valorizzando quanto contenuto nel richiamato Decreto *Transfer Pricing* del 14 maggio 2018 e nelle Linee Guida OCSE sui prezzi di trasferimento e **(b) affermare in modo esplicito**, e a beneficio di chiarezza e semplicità di gestione, **l'esclusione dalla fattispecie di alcuni casi tipici e ricorrenti, nell'intesa, ovviamente, che le funzioni concretamente svolte corrispondano a quelle tipizzate**. Ci si riferisce **per esempio (i) alle controllate estere che comprano prodotti finiti e li commercializzano tramite rivendita a terzi, al dettaglio e/o all'ingrosso**, non sempre avendo proprie disponibilità di magazzino, ed **operanti con un profilo di rischio limitato** e una remunerazione coerentemente determinata, spesso mediante riferimento al c.d. *Transactional Net Margin Method*; **(ii) ai casi in cui i beni acquistati subiscano una trasformazione e non siano quindi rivenduti nel medesimo stato** in cui si trovavano; in questi casi infatti non sarebbe configurabile una compravendita nella accezione della norma, neppure quando per ipotesi si operi in un contesto di gruppo, sia a monte che a valle.

Questi chiarimenti hanno lo scopo, si ripete, di evitare le incertezze e gli oneri cui sarebbero esposti gli operatori in assenza di una "scrematura" preventiva delle ipotesi ad oggi pacificamente escluse dal perimetro di questa normativa.



6.7. Per connessione di argomento, è infine opportuno svolgere qualche considerazione sulla applicazione di questo *test* in capo a **stabili organizzazioni all'estero di controllate non residenti**, i cui redditi sono esenti in capo a queste ultime. In tal caso l'ETR Test e quello sui *passive income* vengono operati separatamente sulla casa madre e sulla stabile organizzazione. Andrebbe tuttavia **chiarito se, a questi fini, debbano essere valorizzati eventuali c.d. *internal dealings* tenendo conto che i medesimi non trovano spesso un'autonoma rappresentazione, almeno non in modo sufficiente ad identificare i rivenienti proventi lordi.**

Si considerino due esempi, peraltro di riscontro non infrequente nella prassi.

Il primo riguarda una stabile organizzazione di società estera che svolge funzioni distributive, e che si avvale nello stato di localizzazione della *branch* di un *team* che svolge funzioni di supporto alla vendita, non qualificabili come di natura ancillare o preparatoria e/o che assurgono a funzioni di vera e propria negoziazione per conto della casa madre con clienti locali. In tal caso, il reddito allocato alla, e tassato sulla, *branch* è determinato come se questa fosse un prestatore di servizi (applicando un *mark-up* sui relativi costi). A prescindere dalla ovvia circostanza che la stabile organizzazione non dovrebbe considerarsi come esercente, in questo caso, un'attività a valore aggiunto scarso o nullo, dovrebbe tuttavia chiarirsi se essa debba considerarsi come un prestatore di servizi intragruppo, che come tale deve conteggiare nel *test* il provento figurativo lordo riferibile a tale attività.

Ancora si pensi ad una variante dell'esempio di cui sopra, nella quale il profilo funzionale della stabile organizzazione porta a configurarla come un distributore (*buy and sell*) che figurativamente acquista i prodotti dalla casa madre e li commercializza nel mercato locale (tramite propria partita Iva). Occorre portare la finzione all'estremo di considerare la casa madre (che per ipotesi acquista i prodotti dal *principal* di gruppo) come una società in principio operante da e verso il gruppo? E la stabile organizzazione come un soggetto che acquista intragruppo (ossia dalla casa madre)? Anche in questo caso non è configurabile un valore aggiunto scarso o nullo ma ciò nonostante potrebbero generarsi oneri di monitoraggio ed amministrativi non indifferenti, se si desse risposta affermativa ai due quesiti.

In via di ragionevole semplificazione, crediamo che ai fini del *passive income test* si possa prescindere dalla valorizzazione degli *internal dealings* e semplicemente allocare i proventi lordi risultanti dal bilancio della società estera tra casa madre e *branch* nella stessa proporzione in cui sono allocati i relativi redditi ed applicare di conseguenza il *test*. Il risultato sarebbe che, nel primo esempio, sulla *branch* sarebbe allocata una parte dei ricavi da vendita di prodotti verso terzi, e, nel secondo, la casa madre non sarebbe vista come operante da e verso il gruppo, ricevendo l'allocazione di una parte dei ricavi di vendita dei prodotti a terzi (con la residua quota allocata alla *branch*).

Una diversa impostazione – si ripete – sarebbe foriera di complicazioni stante l'assenza, talora, di un'autonoma valorizzazione e caratterizzazione degli *internal dealings*, e l'esistenza di



possibili incertezze al riguardo. La circostanza che non si tratti, nella generalità dei casi, di attività a valore aggiunto scarso e nullo non è motivo sufficiente per ampliare le fattispecie con riferimento alle quali questa valutazione deve essere svolta.

- 6.8. Considerazioni simili a quelle del precedente paragrafo potrebbero valere anche nel caso di un'entità estera trasparente detenuta da una società controllata estera che considera anch'essa tale entità come trasparente nella propria giurisdizione (c.d. doppia trasparenza). In tal caso l'esistenza di due soggetti giuridicamente distinti potrebbe semplificare il calcolo (non essendovi “dealings” di carattere figurativo). Tuttavia, stante la posizione assunta nella Bozza di Circolare secondo cui il *test* deve essere condotto in modo unitario, **dovrebbe quantomeno chiarirsi come conteggiare i rapporti intercorrenti tra il partner e la partnership**: ad esempio, se il primo rende servizi alla seconda si possono elidere ai fini del *test* i relativi proventi? **Ci parrebbe che l'elisione sia coerente con la logica sottesa al trattamento di questa fattispecie.**

7. CIRCOSTANZA ESIMENTE (PAR. 6 DELLA BOZZA DI CIRCOLARE)

- 7.1. Per le medesime ragioni di chiarezza e semplicità di gestione amministrativa, di cui si è detto sopra, **si ritiene opportuno che la Bozza di Circolare delimiti meglio la portata applicativa della circostanza esimente.**
- 7.2. Dalla lettura della bozza emerge con chiarezza che l'esimente va apprezzata con riferimento all'attività complessiva tenendo conto della natura della medesima e delle funzioni svolte. E ciò anche in caso di concorrente svolgimento di attività generatrici di proventi “*passive*” e non.
- 7.3. In relazione a tale ultimo caso (i.e., società che svolgono attività sia generatrici di *passive income* che altre) non è del tutto chiaro, il riferimento agli effetti di “*swamping*” (ossia di accostamento di comodo di attività *passive* ad altre dotate di una adeguata struttura) e, in correlazione a questi, a strumenti di contrasto come il *transfer pricing*, la cooperazione amministrativa, l'esterovestizione, ecc. Ci si chiede infatti se con queste precisazioni **(i)** si intenda ribadire che l'apprezzamento dell'esimente va operato con riferimento all'attività complessivamente considerata (e cioè che l'esimente possa ritenersi integrata anche nei casi in cui la presenza di un'adeguata struttura non riguardi ogni singola componente dell'attività oppure riguardi quelle – *passive* e non – che sono prevalenti) lasciando il contrasto di eventuali abusi ai citati strumenti, i quali opererebbero a monte e separatamente dalla normativa CFC o se, invece, **(ii)** si intenda in qualche modo sostenere che il contrasto agli effetti di “*swamping*” operi già in sede di apprezzamento dell'esimente, negandola, nel qual caso sarebbe utile una qualche precisazione in più sulla declinazione del concetto.
- 7.4. In ogni caso, e a prescindere dalla posizione di cui sopra, **si ritiene che in presenza di diverse attività (*passive* e non *passive*), non si possa pretendere la prova dell'esimente con riferimento a ciascuna di esse, ma debba invece seguirsi un criterio di prevalenza, ritenendo l'esimente soddisfatta allorché essa risulti provata per l'attività “non *passive*”,**



e lo sia anche solo in parte per le attività *passive* (purché quelle con riferimento alle quali l'esimente non è dimostrata abbiano generato proventi che rappresentano meno di 1/3 dei proventi complessivi).

- 7.5. Quale tema connesso ai precedenti sarebbe inoltre utile **commentare il caso in cui la controllata estera modifichi l'attività nel corso dell'esercizio, chiarendo se anche in tal caso si possa fare riferimento ad un criterio di prevalenza.**
- 7.6. Infine, la Bozza di Circolare nella nota 26 illustra le ragioni per cui la c.d. seconda esimente di cui alla lettera b) del comma 5 del previgente articolo 167 TUIR non sia stata riproposta nel contesto della normativa CFC, risolvendosi in una sovrapposizione con l'ETR Test ora previsto come condizione di ingresso anche per i soggetti cui la predetta esimente era applicabile. **Posto che la seconda esimente permane nel sistema al fine di escludere la tassazione aggravata di dividendi e plusvalenze, sarebbe utile precisare se i criteri esplicitati nella Circolare n. 35/E del 2016 – e richiamati nella predetta nota 26 – debbano ritenersi ancora validi, almeno a questi limitati fini.**

8. DETERMINAZIONE DEL REDDITO (PAR. 7 DELLA BOZZA DI CIRCOLARE)

- 8.1. Si è già accennato in occasione del commento sul trattamento delle differenze temporanee, alla semplificazione, consentita anche dalla Bozza di Circolare, di monitorare i valori fiscali degli elementi attivi e passivi della controllata estera alternativamente in continuità, dalla data di acquisizione del controllo, o anno per anno (facendo riferimento ai valori risultanti dal bilancio dell'anno precedente, alle condizioni di cui all'art. 2 comma 2 del DM n. 429 del 21/11/2001). E ciò tanto ai fini del calcolo del livello di tassazione effettiva (virtuale italiana), che ai fini della determinazione del reddito da imputare per trasparenza.

Fermi i dubbi già espressi sulle implicazioni della seconda delle due impostazioni citate proprio ai fini delle differenze temporanee, si ritiene **opportuno meglio esplicitare che il diritto al riporto “virtuale” di eventuali perdite fiscali, in sede di calcolo dell'ETR Test, ove condotto in continuità, non è condizionato alla compilazione del quadro FC della dichiarazione dei redditi**, essendo ciò richiesto solo ai fini dell'eventuale utilizzo delle predette perdite nell'ambito della tassazione per trasparenza che in futuro potrebbe operare. In realtà anche su quest'ultimo aspetto (ossia quello della evidenziazione nel quadro FC delle perdite “virtuali” ai fini della loro futura utilizzazione, nella denegata ipotesi di tassazione CFC) **sarebbe auspicabile un ripensamento, volto a ritenere valida la tracciatura anche a tali fini qualora operata al di fuori della dichiarazione, ed a posteriori**: ciò in quanto calcoli in diversi casi non si rendono necessari, o almeno non lo sono in sede di adempimento dichiarativo (si pensi, ad una controllata estera che non fallisca il *passive income* test, vieppiù se europea e quindi neppure soggetta all'ETR Test ai fini del trattamento di futuri dividendi).

Si ritiene altresì utile chiarire se e a quali condizioni si possa passare dal calcolo in continuità a quello “anno per anno”.



- 8.2. La Bozza di Circolare afferma il riferimento alle regole fiscali italiane applicabili in ragione della natura dell'attività svolta e dei principi contabili utilizzati nei bilanci locali, distinguendo, relativamente a quest'ultimo profilo, tra utilizzo di principi IAS/IFRS, utilizzo dei principi di cui alla Direttiva 2013/34/UE e utilizzo di altri principi, prevedendo per ciascun caso corrispondenti e diverse regole fiscali (quelle per IAS/IFRS *adopters*, Nuovi OIC, altri). Questa tripartizione appare foriera di complicazioni amministrative, e almeno **si dovrebbe lasciare aperta la possibilità di assimilare il terzo caso ai primi due in casi di sostanziale equivalenza dei principi contabili adottati.**
- 8.3. Un tema connesso al precedente riguarda le stabili organizzazioni estere soggette autonomamente alla normativa CFC in quanto esenti in capo al soggetto estero "casa madre" di livello intermedio. Nel paragrafo 4.2. della Bozza di Circolare (e altrove) si afferma che ai fini dell'ETR Test occorre fare riferimento al risultato di bilancio risultante dal rendiconto redatto ai fini fiscali dalla casa madre: ciò, riteniamo, nel presupposto che è sulla base dello stesso rendiconto che viene decurtato il reddito civilistico della casa madre, da utilizzare per l'autonomo svolgimento del *test* in capo ad essa. **Andrebbe chiarito se a tale rendiconto occorra fare riferimento anche per la determinazione del reddito da assoggettare a tassazione in base alla normativa CFC nel caso in cui essa si renda operante relativamente alla *branch*.** Si ritiene, peraltro, che quantomeno a questi ultimi fini **si debba lasciare libertà di scelta tra il riferimento al rendiconto redatto dalla casa madre e l'eventuale bilancio locale redatto dalla *branch* e utilizzato ai fini della tassazione della medesima nello Stato o territorio estero di localizzazione di quest'ultima:** non si può infatti escludere a priori l'utilizzo di diversi principi contabili locali da parte della *branch* rispetto alla casa madre, con riverberi di questa diversità anche sulla determinazione delle imposte estere dovute dalla prima, di talché il riferimento obbligato ad un rendiconto piuttosto che ad un altro potrebbe rivelarsi distorsivo. **Si raccomanda al riguardo (e preferibilmente anche ai fini dell'ETR Test) di prevedere un'opzionalità, condizionandola ad un vincolo di coerenza nel tempo.**
- 8.4. Nel paragrafo 7.3. della Bozza di Circolare relativo alla tassazione separata e segregazione dei redditi e perdite della CFC si prospetta il caso in cui il "*socio residente abbia tassato per trasparenza la CFC in alcuni esercizi e, successivamente, venga dimostrata la sussistenza della esimente della attività economica*". Questa affermazione offre lo spunto per **richiedere che venga chiarito – così superando la diversa e restrittiva posizione precedentemente assunta con riferimento al regime previgente – che nel nuovo sistema la normativa CFC si presta, per sua natura, ad un'applicazione a periodi alterni.** Ciò potrebbe accadere (i) nel caso in cui un soggetto (che fallisca l'ETR Test e il *passive income test*) riesca successivamente a integrare le condizioni per invocare l'esimente oppure (ii) nel caso di un soggetto che ad esempio in un anno fallisca entrambi i *test* (e non si trovi nella condizione di invocare l'esimente) e in un anno successivo (a parità di caratteristiche fattuali della sua locale organizzazione) semplicemente non fallisca più uno o entrambi i suddetti *test* pur non essendo nella condizione di dimostrare l'esimente. Nel nuovo sistema



infatti – dove il riferimento ai due *test* è esteso a tutte le controllate estere, quello sul *passive income* ha una soglia più bassa e vieppiù i sistemi fiscali marciano in una direzione convergente per via delle diverse iniziative in essere a livello internazionale – sarebbe poco comprensibile la pretesa di continuare a tassare per trasparenza una partecipata estera nonostante che almeno uno dei due *test* (ETR e *passive income*) non sia più fallito in un successivo esercizio, a motivo della mancata dimostrazione, in tale caso, dell'esimente. Una simile impostazione risulterebbe perfino discriminatoria.

Per inciso, i **riverberi della impostazione qui proposta, andrebbero riflessi anche nei passaggi della Bozza di Circolare relativi alle operazioni straordinarie** dove parrebbe ancorarsi al soddisfacimento dell'esimente (e solo ad esso) l'uscita dal regime CFC precedentemente applicato.

- 8.5. Per quanto concerne il credito di imposta per i redditi prodotti all'estero (par. 7.4. della Bozza di Circolare), si comprende l'argomento di carattere letterale che ha portato a negare l'accreditabilità delle imposte assolute in relazione al reddito della controllata estera, da altri soggetti intermedi della catena societaria in forza di locali normative CFC (imposte, queste, invece da considerare in sede di applicazione dell'ETR Test). Secondo quanto si intende, la possibilità di accreditare tali imposte sarebbe preclusa dall'art. 167, comma 9 TUIR che, nella sua formulazione letterale, fa riferimento alle imposte pagate all'estero a titolo definitivo dal soggetto non residente. La Bozza di Circolare giunge invece ad una diversa conclusione con riferimento al caso di una stabile organizzazione estera di impresa residente in Italia, tramite la quale sono detenute partecipazioni in società estere, assoggettate in capo alla stabile organizzazione a tassazione CFC locale, e questo a prescindere dall'applicazione o meno del regime di *branch exemption* in capo all'impresa residente. Se abbiamo bene inteso il caso, non ci è chiaro per quale ragione in questa ipotesi le imposte assolute sul reddito della controllata estera da un soggetto diverso da quest'ultima (ossia l'impresa residente tramite la sua stabile organizzazione estera) dovrebbero qualificarsi come imposte pagate dalla controllata estera, e quindi accreditabili in sede di tassazione della medesima in Italia in base alla normativa CFC, ai sensi della interpretazione letterale proposta per l'art. 167, comma 9, TUIR. Sarebbe utile esplicitare e chiarire quali diversità e principi sono stati valorizzati dalla Bozza di Circolare al fine di pervenire alle conclusioni che sono state sinteticamente rappresentate, fermo restando che la precisazione risulterebbe assorbita dalla tesi di cui al successivo paragrafo 8.8, se condivisa.
- 8.6. Per inciso, peraltro, il caso di cui al par. 7.4 della Bozza di Circolare sopra citato è diverso da quello di cui al par. 4.3. (pag. 53) e relativo all'ETR Test nel quale, se bene si intende, si ipotizza che un soggetto controllato estero abbia una stabile organizzazione estera in regime di *branch exemption* ma applichi alla stabile organizzazione il locale regime CFC previsto dal proprio ordinamento di residenza. In questo caso, infatti, la Bozza di Circolare afferma che in sede di eventuale tassazione della stabile organizzazione in base alla normativa CFC italiana le imposte assolute dalla casa madre estera della stabile organizzazione in base alla locale normativa CFC sono accreditabili ai sensi del citato art. 167, comma 9, citato, in quanto (stante



l'identità sotto il profilo giuridico tra casa madre e *branch*) esse si dovrebbero comunque ritenere pagate dal soggetto estero i cui redditi (sia pure limitatamente alla stabile organizzazione estera) sono assoggettati alla disciplina italiana. Questo esempio **porta peraltro anche ad interrogarsi sul se in tale ipotesi abbia senso persistere nella applicazione separata dei Test CFC sulla casa madre e sulla sua stabile organizzazione estera, o se, invece, non si debba considerarle unitariamente, come accade nei casi in cui non venga applicato il regime dell'esenzione.**

- 8.7. Simili perplessità suscita il richiamo da parte della Bozza di Circolare (pag. 98) al tenore letterale dell'art. 167, comma 9, TUIR anche relativamente alle ipotesi di entità estere trasparenti. **Non è chiaro infatti se, nei casi in cui non si verta in un'ipotesi di doppia trasparenza, si intenda negare l'accredito, in sede di tassazione CFC italiana dell'entità trasparente, delle imposte dovute da soggetti diversi dalla entità CFC in relazione al reddito di questa (e quindi, per esempio, dal partner)¹. Questa conclusione non sarebbe a maggior ragione condivisibile ed andrebbe modificata** o, se questa fosse già l'intenzione, meglio chiarita nel senso qui auspicato.
- 8.8. **Per ragioni di carattere logico e sistematico, a nostro avviso, l'accredito delle imposte assolute in base a normative CFC locali dovrebbero poter essere accreditate in sede di tassazione in Italia del reddito della controllata estera** (con riferimento alla quale la normativa CFC locale è stata applicata) **tanto nel caso in cui quest'ultima sia stata applicata a livello di una società estera intermedia quanto nel caso in cui lo sia stata a livello di una stabile organizzazione estera di impresa residente** (che detiene partecipazioni in altre società estere), verificandosi diversamente una doppia imposizione incompatibile anche con la Direttiva ATAD². Peraltro, a questa conclusione potrebbe anche giungersi valorizzando l'art. 167, comma 10 TUIR nella parte in cui consente l'accredito delle imposte pagate sugli utili distribuiti alla società italiana (e precedentemente assoggettati a tassazione CFC) potendosi quantomeno configurare la tassazione CFC operante ad un livello intermedio della catena come una imposizione *latu sensu* relativa a quegli utili.
- 8.9. Non risulta inoltre del tutto chiara peraltro la precisazione contenuta nell'ultimo paragrafo a pagina 98 della Bozza di Circolare che, richiamando i requisiti di cui all'art. 165 TUIR e in particolare quello della definitività dell'imposta, parrebbe affermare l'impossibilità di riconoscere un credito per le imposte assolute da una controllata estera allorché e nella misura in cui esse, in caso di concorrente applicazione di normative CFC da parte di più Stati, siano scomutate nell'ambito della tassazione CFC estera operante a livelli intermedi superiori. Si

¹ Sarebbe invece senza dubbio accreditabile, intendiamo anche nella impostazione di cui alla Bozza di Circolare, l'imposta dovuta dal partner allorché partner e entità trasparente fossero considerati come un unico soggetto (c.d. doppia trasparenza) ai fini della applicazione della CFC.

² Non è peraltro un caso che nella ipotesi trattata a pagina 43 della Bozza di Circolare, relativa a più livelli di società estere e all'applicazione concorrente di diverse normative CFC estere, l'esemplificazione del funzionamento di queste ultime dia per scontato (nell'esempio in capo a *Parent Country A*) l'accredito delle imposte dovute sui redditi di C Sub in capo a B Sub, in forza della normativa CFC dello stato B.



ritiene infatti che o **(i)** come qui sostenuto, si riconosce un credito per l'imposta assolta dall'impresa non residente e per quella assolta sul medesimo reddito da altri soggetti in forza di locali normative CFC (da computare evidentemente al netto del credito goduto per le imposte della controllata non residente, così da evitare duplicazioni) oppure **(ii)** presa la posizione di ignorare la tassazione CFC estera, non si tiene conto dell'eventuale scomputo nell'ambito di questa delle imposte assolte dall'impresa non residente e si considera l'intero ammontare di tali imposte assolte a titolo definitivo ed accreditabile.

8.10. In ulteriore subordine, e nella denegata ipotesi in cui venga mantenuta l'attuale impostazione (fermo il correttivo di cui al precedente paragrafo 8.9) andrebbe chiarito se le imposte assolte sul reddito della partecipata di secondo livello in base alla normativa CFC applicata dalla giurisdizione della controllata di primo livello, possano essere scomputate dalle imposte eventualmente dovute in Italia in sede di applicazione della normativa CFC alla predetta partecipata di primo livello. Sarebbe infatti sarebbe quantomeno illogico che tali "imposte" si perdano nel sistema dopo essere state conteggiate in sede di ETR Test, divenendo non accreditabili né in sede di tassazione CFC in Italia della partecipata di secondo livello, né in sede di tassazione CFC in Italia di quella di primo livello: il che dimostra, sotto diversa angolatura, la correttezza sistematica della tesi principale qui proposta.

9. LE OPERAZIONI STRAORDINARIE (PAR. 8 DELLA BOZZA DI CIRCOLARE)

9.1. In termini generali, esprimiamo apprezzamento per l'impostazione che emerge dalla lettura della Bozza di Circolare, e che ci pare improntata alla rappresentazione (nell'ottica della applicazione dell'ETR Test e dell'eventuale tassazione CFC) dei diversi ordinamenti esteri di localizzazione delle partecipate come se fossero un unico paese, ossia l'Italia.

9.2. Questa considerazione (che suggeriremmo di esplicitare a livello di principio, così da fornire un'utile indicazione per la gestione di casi diversi da quelli espressamente discussi dalla Bozza di Circolare) spiega naturale effetto su tutte le fattispecie analizzate, insieme al principio (chiaramente affermato anche in altri passaggi della Bozza di Circolare) secondo cui l'ingresso o l'uscita dal regime CFC (anche per effetto di eventuali operazioni straordinarie) non costituisce un evento di realizzo.

9.3. Ciò premesso in termini generali, riteniamo utile svolgere qualche ulteriore considerazione di dettaglio su aspetti che potrebbero essere precisati o che non risultano pienamente condivisibili.

9.4. Trasferimento di sede (par. 8.1 della Bozza di Circolare):

9.4.1. La qualificazione del trasferimento di sede (e residenza fiscale) – in regime di continuità di personalità giuridica – da uno stato estero all'altro come un mero cambio



di regime³ e (in caso di persistente tassazione CFC) il riporto degli attributi fiscali ai fini della medesima riconosciuti, è coerente con i principi sopra sintetizzati.

- 9.4.2. Del pari irrilevante sotto il profilo impositivo (sia ai fini dell'ETR Test che dell'eventuale tassazione per trasparenza ex disciplina CFC) è anche, e a maggior ragione, il trasferimento di residenza fiscale in Italia, come ci pare sia chiaramente precisato nella Bozza di Circolare.
- 9.4.3. Meno condivisibile appare, invece, la posizione secondo cui in caso di trasferimento in Italia di una società già tassata come CFC verrebbe negato il regime di cui all'art. 166-*bis* TUIR ritenendosi la partecipata estera già inclusa nel sistema impositivo italiano. Al riguardo va infatti ricordato che: **(i)** in sede di prima applicazione del regime CFC non sono ritenute sussistenti le condizioni per procedere ad alcun allineamento dei valori fiscali delle attività e passività ai loro valori di mercato; **(ii)** nel corso del periodo di tassazione ex CFC l'imputazione per trasparenza dei redditi prodotti non comporta, di norma, la concorrente esplicitazione dei plusvalori e minusvalori latenti sulle attività e passività della controllata estera e, infine, **(iii)** l'uscita dal regime CFC non comporterebbe il realizzo di plusvalori e minusvalori latenti sulle attività e passività della controllata estera (mentre il trasferimento di sede in Italia potrebbe comportarlo nell'ordinamento estero di provenienza). Sulla base di ciò, ci pare che la *ratio* dell'art. 166-*bis* TUIR (che è quella di impedire l'importazione nel sistema impositivo italiano di plusvalori e minusvalori maturati all'estero) meriti di essere preservata anche con riferimento ai casi di società già tassate come CFC, posto che il regime CFC di per sé non esclude né previene l'evento che l'art. 166-*bis* intende impedire. Del resto, basti osservare come il trasferimento di residenza fiscale in Italia produca effetti ben più radicali dell'ingresso nel regime CFC, ad esempio comportando – in caso di successiva migrazione all'estero e in assenza del correttivo previsto dal citato art. 166-*bis* – l'applicazione dell'*exit tax* di cui all'art. 166 TUIR indistintamente con riferimento a plusvalori maturati anche in annualità in cui la società era residente all'estero, a prescindere dal fatto che fosse o meno tassata come CFC.
- 9.4.4. **Ragioni sistematiche e di specularità tra l'ingresso in Italia e un'eventuale uscita futura depongono, quindi, per l'applicazione del regime di cui all'art. 166-*bis* TUIR tanto ad una società precedentemente tassata come CFC quanto ad una che non era assoggettata a tale regime. E ciò anche relativamente ad altre fattispecie di rimpatrio, realizzabili per il tramite di fusione o scissione.**
- 9.4.5. La conclusione di cui sopra, per le ragioni esposte, non è in contrasto con l'affermazione, contenuta nella Bozza di Circolare, che riconosce (in caso di società

³ Per inciso, a nostro avviso tale principio sarebbe già sufficiente a comportare l'uscita da un pre-esistente regime di tassazione CFC a prescindere dal soddisfacimento dell'esimente (v. par. 8.4).



tassata come CFC) il riporto in Italia di attributi fiscali maturati nell'ambito della tassazione CFC (es. perdite pregresse, eccedenze di interessi passivi o attivi). Nella generalità dei casi, infatti, non si tratta di attributi che duplicano e si sovrappongono al regime di cui all'art. 166-*bis* TUIR. Per completezza, e a titolo di esempio, potrebbe accadere che sia stata dedotta una svalutazione di un credito (e riportata una perdita fiscale) e che al credito sia riconosciuto (ai sensi dell'art. 166-*bis* TUIR, ove ritenuto applicabile) un valore di mercato superiore a quello (svalutato). In questo caso si potrebbe porre un tema di duplicazione tra i due attributi (i.e., la perdita fiscale e lo *step-up* in ingresso) che tuttavia riteniamo possa essere evitata attraverso la previsione di un principio di prevalenza del secondo sulla prima, per i casi (residuali) in cui la sovrapposizione possa verificarsi.

- 9.4.6. In aggiunta, e come già accennato, **suggeriamo di esplicitare la perdurante validità (sia per una società già tassata come CFC sia per una che non lo è) della posizione espressa da questa Agenzia in materia di ACE relativamente ad una società che trasferisce la residenza fiscale in Italia la quale ha diritto di beneficiarne con riferimento agli incrementi qualificati di patrimonio verificatisi anche nel periodo di residenza all'estero (cfr. Circolare n. 12/E del 2014). La mancata valorizzazione dell'ACE in sede di tassazione per trasparenza, infatti, precluderà in sede di rimpatrio l'utilizzo di ipotetiche eccedenze di rendimento ACE pregresse (altrimenti maturate in sede di tassazione CFC se il regime ACE fosse stato applicabile), ma non precluderà la possibilità di beneficiare dell'ACE relativamente agli incrementi di patrimonio esistenti alla fine di ciascun esercizio di residenza in Italia, rispetto alla data del 31.12.2010 (a nulla rilevando che gli eventi che li hanno originati si siano verificati nel periodo di residenza fiscale estero). Inoltre, sarebbe opportuno chiarire che tale principio rimane valido a prescindere dalla modalità con cui il rimpatrio è attuato (i.e., trasferimento di sede, fusione, scissione).**

9.5. Fusioni e scissioni (par. 8.2.1. e 8.2.2. della Bozza di Circolare)

- 9.5.1. L'analisi svolta è completa ed esaustiva, ed in particolare si ritengono corretti sia i riferimenti all'assimilabilità di operazioni estere agli omologhi istituti italiani (ai fini dell'applicazione dei corrispondenti regimi di neutralità), sia le precisazioni sugli effetti della combinazione tra soggetti CFC e non (ovunque residenti), anche sui valori delle attività e passività dai medesimi detenute.
- 9.5.2. **Si chiede di precisare se in presenza di operazione che si qualifica per il regime di neutralità (in quanto i relativi effetti giuridici sono assimilabili a quelli della omologa operazione italiana) assuma rilevanza l'eventuale retrodatazione o meno della medesima agli effetti contabili.** Ci si chiede infatti se – ad esempio nel caso di fusione tra due entità CFC (caso (i) a) della Bozza di Circolare) o due entità non CFC (caso ii) – **in assenza di retrodatazione si debba comunque applicare,**



rispettivamente, la tassazione CFC e i relativi Test alla società incorporata relativamente al periodo dalla data di inizio del suo esercizio sociale a quello di efficacia dell'operazione. La domanda nasce anche dal riferimento, nel caso di operazione realizzativa (caso (i) b) della Bozza di Circolare), alla chiusura dell'esercizio o periodo di gestione che essa determinerebbe per cui potrebbe sorgere il dubbio che ciò non avvenga mai in casi di operazioni neutrali e non retrodatate.

9.5.3. Riterremmo inoltre **utile precisare che, qualora queste operazioni fossero neutrali nell'ottica italiana, la neutralità sarebbe applicabile anche in capo ai soci delle società coinvolte dalle operazioni straordinarie in questione – ai fini dell'ETR Test o tassazione CFC applicabili ai soci medesimi – per quanto riguarda il concambio delle partecipazioni da essi subito (coerentemente a quanto avverrebbe in capo a soci residenti in Italia di società estere oggetto delle predette operazioni). Diversamente, qualora il regime di neutralità non fosse applicabile, per i soci (controllati esteri) si produrrebbero effetti di realizzo in ottica CFC.**

9.5.4. Come accennato, a nostro avviso, è **opportuno esplicitare la valenza delle considerazioni svolte con riferimento ai trasferimenti di sede anche per queste operazioni quando dirette al rimpatrio in Italia.**

9.6. Conferimenti d'azienda (par. 8.2.3 della Bozza di Circolare)

9.6.1. Coerentemente ai principi generali già commentati nei precedenti paragrafi, **suggeriamo di esplicitare che l'ultimo caso di questo paragrafo della Bozza di Circolare intende affermare (alle condizioni ivi precisate) la neutralità anche dell'ipotesi di conferimento da parte di una controllata estera residente nello Stato A, di una stabile organizzazione localizzata nello stato B in una controllata estera dello Stato C.**

9.6.2. Valgono le medesime considerazioni di cui sopra, per le ipotesi di ingresso in Italia.

9.7. Altri regimi (non commentati nella Bozza di Circolare)

9.7.1. Sempre in coerenza con i principi generali retrostanti il trattamento delle operazioni straordinarie, riterremmo **utile esplicitare l'applicabilità (ai fini dell'ETR Test o della tassazione CFC) dei regimi di realizzo controllato di cui agli articoli 175 e 177 TUIR nel caso di conferimento, da parte di una controllata estera, di partecipazioni in altra società estera, come se tutti i soggetti coinvolti (conferente, conferita, conferitaria) fossero residenti in Italia.**

10. OICR (PAR. 9 DELLA BOZZA DI CIRCOLARE)

10.1. Un OICR è un organismo istituito per la prestazione del servizio di gestione collettiva del risparmio il cui patrimonio è raccolto tra una pluralità di investitori mediante emissione e offerta di quote o azioni, gestito in monte nell'interesse degli investitori e in autonomia dai



medesimi, in base a una politica predeterminata (cfr. Art. 1, c.1, lett. k) TUF). L'autonomia nelle scelte d'investimento del gestore, rispetto alla volontà degli investitori, è pertanto un elemento distintivo essenziale. Ne consegue che, come correttamente puntualizzato nella Bozza della Circolare, per loro natura, i diritti degli investitori di un OICR (salvo fattispecie "patologiche") non dovrebbero configurare una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 c.c. Diversamente, è possibile che un investitore detenga un diritto a partecipare agli utili dell'OICR in misura superiore al 50%. Al riguardo, la Bozza di Circolare chiarisce che la quota di partecipazione del singolo investitore dovrà **"...essere calcolata tenendo conto dell'OICR nel suo complesso e non rispetto a singoli comparti di cui questo può essere costituito"**. Tale conclusione è coerente con la finalità della norma a condizione, tuttavia, che il Fondo, ivi inclusi i singoli comparti che lo compongono, si configuri come un unico "schema d'investimento" rispetto, per esempio, alla politica d'investimento, alla composizione degli investitori ecc. Infatti, come ampiamente riscontrabile nella prassi internazionale, alcuni gestori utilizzano la struttura del cd. *umbrella fund* per gestire diversi progetti attraverso la costituzione di *sub fund* (comparti) completamente autonomi tra loro per strategia, *governance*, durata e diritti economici, i quali rappresentano di fatto distinti schemi d'investimento per i singoli investitori. **In tal caso, la verifica della soglia del 50% dovrà essere effettuata per singolo comparto (*sub fund*) e non, invece, a livello di OICR. Altro auspicabile chiarimento, sempre con riferimento al calcolo dei diritti economici, riguarda l'utilizzo dei cd. *feeder fund*, ovvero sia OICR che, per ragioni tecniche, sono costituiti per agevolare l'investimento di alcune categorie d'investitori nel fondo principale (*master*). In tal caso, il *feeder fund* (molto spesso istituito e gestito dal medesimo gestore) rappresenta un mero veicolo interposto e la verifica della percentuale dei diritti economici dovrebbe essere effettuata avendo come riferimento la proporzione del singolo investitore rispetto al fondo *master*.**

- 10.2. Come noto, in base alle disposizioni di cui all'art 13, commi 5 e 7 del D.Lgs. n. 44/2014, i proventi realizzati da **OICR esteri di tipo immobiliare** sono tassati per "trasparenza" in capo agli investitori (con alcune esclusioni nei confronti, per esempio, di taluni investitori istituzionali) che detengono una quota di partecipazione superiore al 5% del patrimonio. **Sarebbe pertanto auspicabile una precisazione da parte di questa Agenzia che chiarisse come, al fine di evitare un'inutile sovrapposizione e un incremento di adempimenti di natura amministrativa, la normativa CFC non debba applicarsi nel caso di investimenti in OICR esteri di tipo immobiliare.** Tale impostazione sarebbe comunque coerente con le previsioni di cui all'art. 7, paragrafo 3, comma 2, della Direttiva ATAD, le quali concedono agli Stati Membri la possibilità di escludere dalla disciplina CFC le imprese finanziarie estere (ivi inclusi gli OICR), ove ricorrano specifiche condizioni.
- 10.3. La Bozza di Circolare (a pagina 116) potrebbe indurre a ritenere che i requisiti di cui alle lettere (a), (b), (c) debbano essere anche assoggettati ad un'autonoma verifica relativamente agli OICR appena prima menzionati, ossia quelli armonizzati o sottoposti a forme di vigilanza prudenziale. Per questi OICR, in realtà, le condizioni si intendono verificate a motivo del loro



inquadramento sotto il profilo regolamentare senza necessità di ulteriori verifiche. **Per questo, si suggerisce di spostare l'elencazione dei suddetti requisiti nel paragrafo immediatamente successivo, funzionalmente all'apprezzamento della natura di OICR "altri".**

11. DISTRIBUZIONE DEGLI UTILI (PAR. 10 DELLA BOZZA DI CIRCOLARE)

11.1. Con riferimento alla nuova logica "per basket" ben descritta nella Bozza di Circolare **si chiede di valutare se la finalità** – sottesa anche alla Direttiva ATAD – **di evitare la doppia imposizione del medesimo reddito** (prima ex normativa CFC e poi in sede di distribuzione dello stesso come dividendo) – **debba comportare che l'utile distribuito dalla CFC (i) non** sia assunto per il suo ammontare lordo come ipotizzato dalla Bozza di Circolare (i.e., 200 nell'esempio svolto dalla Bozza Schema di Circolare a pag. 119 e ss.), decurtato del **basket** di reddito già tassato ex CFC (29) e assoggettato per il residuo (171) a tassazione nella misura del 5% **MA invece (ii) sia assunto per un ammontare pari al 5% del suo importo** (i.e., 10 = 5% di 200, continuando ad utilizzare i numeri di cui all'esempio della Bozza di Circolare) **dal quale decurtare il basket di reddito già tassato** (ossia 29) così azzerando (nell'esempio) l'imponibile.

11.1.1. Se la controllata estera avesse ricevuto per ipotesi solo dividendi *white* per 100, tassati ex CFC per il 5% (ossia per 5) la differenza tra i due approcci (in sede di distribuzione dell'utile di 100) sarebbe:

11.1.1.1. Approccio Bozza di Circolare: $100 - 5 = 95 \times 5\% = 4,75$ (dividendo imponibile)

11.1.1.2. Approccio Proposto: $(100 \times 5\% = 5) - 5 = 0$ (dividendo imponibile).

11.1.2. **Suggeriamo di meglio esplicitare che in questa nuova impostazione per *baskets* la distribuzione di utili da una partecipata estera si intende nell'ordine:**

11.1.2.1. **Proveniente da utili *white* (intesi per questi anche quelli rivenienti da annualità tassate come CFC) e poi**

11.1.2.2. **Proveniente da utili *black* (con possibilità di utilizzare il basket di tassazione CFC residuo anche contro questi fino a concorrenza).**

11.1.3. Riteniamo inoltre **utile precisare che in caso di accertamenti di maggior reddito da tassare ex CFC tale maggior reddito** (una volta che l'accertamento abbia consolidato i propri effetti anche a seguito del ricorso a strumenti deflattivi del contenzioso) **alimenterà il basket di (de-)tassazione dei dividendi con valenza anche su distribuzioni di utili *medio tempore* intervenute** (che quindi potranno beneficiare del *basket*, ove relativo a imposte CFC di pertinenza di annualità precedenti alla distribuzione, comportando il ricalcolo a favore del contribuente delle imposte dovute sui medesimi dividendi).



- 11.1.4. Sempre in tema di alimentazione del *basket* si ritiene utile esplicitare che i redditi tassati per trasparenza non debbono essere decurtati di eventuali successive perdite sempre sofferte dalla controllata estera in costanza di applicazione della CFC ma che, a motivo dell'uscita dal regime, non abbiano formato oggetto di utilizzo in compensazione di futuri redditi (appunto in quanto questi non hanno formato oggetto di tassazione per trasparenza).
- 11.1.5. **Suggeriamo inoltre di esplicitare** (in linea con quanto previsto dall'art. 2, comma 5, del DM 429, citato) **che l'incremento del costo delle partecipazioni per un ammontare pari ai redditi imputati a tassazione per trasparenza ex CFC debba essere diminuito, in caso di distribuzione di utili, dell'ammontare di questi (fino a concorrenza dei redditi tassati ex CFC). Con la conseguenza che se, ad esempio, il reddito tassato ex CFC fosse di 100 a fronte di un utile di 80, il costo fiscale della partecipazione si incrementa di 100 e si riduce solo di 80 a fronte della distribuzione di quell'utile, ferma l'ulteriore riduzione in caso di altre distribuzioni.**
- 11.1.6. Per connessione di argomento, e in coerenza con le considerazioni esposte nella Bozza di Circolare relativamente alla natura *white* degli utili rivenienti da annualità nelle quali la tassazione CFC era operante, si suggerisce di esplicitare che analoga conclusione vale anche ai fini dell'apprezzamento del requisito di cui all'art. 87, comma 1, lettera c) TUIR in materia di esenzione di plusvalenze su partecipazioni. Una simile conclusione era stata già esplicitata nella Circolare n. 7/E del 29 marzo 2013.
- 11.1.7. Quanto al credito di imposta di cui all'art. 167, comma 10, TUIR, sarebbe opportuno precisare che esso, nel caso di partecipazioni indirette, si rende applicabile anche relativamente a ritenute alla fonte prelevate a titolo di imposta sugli utili distribuiti dalla CFC (e provenienti da annualità nelle quali la tassazione per trasparenza è stata operante) ad una società estera di livello intermedio che a sua volta abbia redistribuito tali utili alla controllante italiana. Ovviamente le ritenute da conteggiare sarebbero tanto quelle prelevate – su quegli utili – nella giurisdizione della CFC quanto quelle operate (sui medesimi, nella misura in cui si considerino re-distribuiti ai sensi dell'art. 3, comma 4, del DM 429, citato) dalla controllata estera intermedia, alle quali si dovrebbe aggiungere l'imposta da quest'ultima assolta sui dividendi ricevuti dalla CFC (al netto del credito estero spettante alla controllata intermedia sulle ritenute operate dalla CFC medesima).



12. DECORRENZA DELLE NUOVE DISPOSIZIONI (PAR. 13 DELLA BOZZA DI CIRCOLARE)

12.1. La Bozza Circolare contiene diversi elementi di novità, non evidenti sulla base della mera interpretazione delle norme, come ridisegnate dalla Direttiva ATAD. **Si chiede quindi di precisare almeno che tali novità** (che si ritiene dovrebbero includere anche quelle introdotte dallo Schema di Provvedimento), **nella misura in cui abbiano effetto (sfavorevole per il contribuente) sugli adempimenti già posti in essere per i periodi di imposta cui si rendono applicabili non comporteranno, in caso di accertamento o volontaria regolarizzazione, l'applicazione di sanzioni ai sensi dell'art. 10 della L. 27 luglio 2020 n. 212.** In realtà, sulla base dei medesimi principi, si ritiene vi siano le condizioni anche per far salvi i comportamenti tenuti in forza di precedenti interpretazioni senza, quindi, che questi comportino conseguenze anche sotto il profilo sostanziale (oltreché sanzionatorio).

* * *

Si ringrazia ancora per questa iniziativa e ci si conferma a disposizione per qualsiasi chiarimento o approfondimento.

Distinti saluti

McDermott Will & Emery