

Milano, 06/8/2021

All'attenzione di
Agenzia delle Entrate

e p.c.
Marco Meulepas
marco.meulepas@pwc.com
Franco Boga
franco.boga@pwc.com
Nicola Broggi
nicola.broggi@pwc.com

Oggetto: Consultazione pubblica del 5 luglio 2021 - Consultazione pubblica sulla bozza di circolare e schema di provvedimento in merito alla disciplina sulle Società controllate estere (Controlled Foreign Companies, Cfc)

Autorizzazione al trattamento e alla pubblicazione online: Il presente documento contiene la visione collettiva di PwC TLS esclusivamente ai fini della "Consultazione pubblica sulla bozza di circolare e schema di provvedimento in merito alla disciplina sulle Società controllate estere". L'autorizzazione al trattamento dello stesso documento, inclusa la pubblicazione online, si intende pertanto concessa da parte di PwC TLS esclusivamente ai fini della procedura in corso

TLS Associazione Professionale di Avvocati e Commercialisti

2021/27

Dott. Fabrizio Acerbis	Avv. Filippo Zucchinelli	Dott.ssa Chiara Grechi (PhD)	Avv. Selena Santilioni	Dott. Stefano Chirramonte	Dott. Jacopo Meregalli	Dott.ssa Sara Zepolla
Dott. Franco Boga	Avv. Guido Ajello	Dott. Davide Guerini	Dott.ssa Nancy Saturnino	Dott.ssa Alessandra Codogno	Dott. Matteo Merli	Cons. Lav. Alessandro Arace
Dott. Nicola Broggi	Dott. Roberto Azzano	Dott. Diego Guerreschi	Cons. Lav. Marzio Scaglioni	Dott. Roberto Colatorti	Dott. Marco Messina	Dott. Giacomo Belluzzi
Dott. Gianni Colucci	Avv. Flavia Barone	Dott.ssa Lara Guiotto	Dott.ssa Serena Irene Scalabrini	Dott. Stefano Colla	Dott. Gian Maria Minnella	Dott.ssa Eleria Bojardi
Avv. Paola Barazzetta	Avv. Alvisio Becker	Dott. Michele Gusmeroli (LLM)	Avv. Daniele Seliceto	Avv. Claudio Costantino (PhD)	Dott.ssa Nicole Monopoli	Avv. Giovanni Bombaglio
Dott. Felice De Lillo	Avv. Pietro Stefano Bertolotti	Dott.ssa Caterina Iannamurato (LLM)	Avv. John Sheketa	Avv. Federico De Luca	Avv. Pietro Negrini	Dott.ssa Lorenza Damiani
Dott. Marco Meulepas	Dott. Andrea Brignoli	Dott.ssa Antonella Intuire	Avv. Francesca Tironi	Dott.ssa Federica Crestani	Dott. Carlo Novello	Dott.ssa Italia Cammisia
Dott. Claudio Valz	Avv. Elisabetta Caccavella	Dott. Luca la Pietra	Dott. Angelo Tubelli	Avv. Giovanni Cumella	Avv. Rosario Pace	Avv. Letizia Carrara
Dott. Alessandro Caridi (LLM)	Dott. Nicola Camali	Avv. Daniele Landi	Dott. Simone Vvarini	Avv. Francesco Della Scala	Avv. Monica Paladino	Dott.ssa Claudia Cultrone
Avv. Barbara Mirta Ferri	Dott. Alessandro Campione	Dott. Nicola Laurenzano	Dott.ssa Rosanna Vargani	Avv. Federico Palmieri	Avv. Fabrizio Panzeri	Dott. Lorenzo Damiani
Dott. Egidio Filletto	Dott.ssa Cristina Carmosino	Dott.ssa Liana Locorotondo	Dott. Dario Vio	Dott.ssa Angela Di Gennaro	Dott.ssa Angela Di Gennaro	Avv. Giulio Della Casa
Dott. Valentino Guarini	Avv. Fabrizio Cascinelli	Dott. Fabrizio Loffredo	Dott. Mario Volpe (LLM)	Dott.ssa Nicola Simona Di Grazia	Dott. Tommaso Perri	Dott.ssa Valeria De Sotis
Avv. Gianluigi Baroni	Dott. Arturo Cassina	Avv. Marco Longobardi	Dott. Maurizio Zama	Dott. Angelo Di Stani	Dott. Sandro Pittini	Dott.ssa Elisa Fischetti
Dott. Luca Lavazza	Dott.ssa Michela Cbin	Dott. Riccardo Lorenzon	Dott.ssa Michela Zampiccoli	Dott.ssa Ludovica Dismor	Dott. Andrea Poncaralli	Avv. Luca Mantegazza
Dott. Giovanni Marano	Dott. Giovanni Consiglio	Avv. Amelie Mammone	Dott.ssa Alessia Angela Zanato	Dott. Giuseppe Falduto	Dott.ssa Lucia Positano	Dott.ssa Francesca Massari
Dott. Alessio Rolando	Dott. Angelo Conte	Dott. Samuel Marinelli	Avv. Mario Zanin	Avv. Mario Zanin	Dott. Davide Ferro	Dott.ssa Stefania Novelli
Dott. Alessandro Di Stefano	Dott. Stefano Mieri	Avv. Giorgio Carmelo Massa	Dott.ssa Claudia Zedda	Avv. Giulia Ferroni	Dott. Luca Purpura	Dott. Francesco Rib
Dott. Alessandro Catona	Dott. Paolo Micciani	Dott. Stefano Mieri	Avv. Ilaria Zingali	Dott.ssa Matida Fiorese	Dott. Mario Rendo	Dott.ssa Barbara Salvestrini
Dott.ssa Nicola Cimmino	Dott. Giorgio De Capitani	Dott. Luigi Mira	Dott.ssa Erika Andreani	Avv. Gianluca Fiori	Dott.ssa Francesca Ruscalla	Dott. Riccardo Tirinnanzi
Avv. Giovanni Stefanin	Dott. Daniele Di Michele	Dott. Rocco Mottolose	Avv. Valeria Andreani	Dott. Giuseppe Fortunato	Dott. Corrado Scela	Avv. Elena Turchini
Dott. Paolo Lucarini	Avv. Annalisa Di Ruzza	Dott. Marco Napolitano	Dott.ssa Hanna Yuliana Arellano	Avv. Maurizio Foti	Avv. Davide Settembre	Avv. Valenzia Siciliani
Dott. Roberto Spotti	Dott.ssa Carmela Ettore	Dott.ssa Lucia Pagliari	Avv. Ivan Arrotta	Dott. Andrea Fusaro	Dott. Paolo Sommi	Dott. Paolo Sommi
Dott. Ugo Cannavale	Dott.ssa Francesca Falcone	Dott.ssa Mia Pasini	Avv. Pamela Balice	Avv. Costanza Gaetani Dell'Aquila	D'Aragona	Dott.ssa Manuela Sorbara
Avv. Carlo Romano (PhD/LLM)	Dott. Giovanni Falisita	Dott.ssa Vitalba Passarelli	Avv. Romina Ballanca	Dott. Paolo Galiano	Dott.ssa Eva Sorgato	Dott.ssa Eva Sorgato
Dott. Andrea Lenzi Orlandi Cardini	Avv. Michele Fava	Dott. Maurizio Pavia	Dott.ssa Larvina Barberini	Avv. Raffaele Gentile	Avv. Giulio Spalanzi	Dott.ssa Giulio Spalanzi
(LLM)	Dott. Mario Joseph Femino'	Dott. Ivan Paviglianiti	Dott.ssa Gaia Bassaga	Dott. Luca Ghelli	Avv. Fabrizio Temuta (PhD)	Avv. Fabrizio Temuta (PhD)
Dott. Pasquale Salvatore	Dott. Claudio Ferone	Dott. Leonardo Penna	Dott. Andrea Werner Beilin	Dott. Dario Gillio	Avv. Pamela Terazzi	Avv. Pamela Terazzi
Dott. Stefano Tonetti	Dott.ssa Piera Penna	Dott.ssa Piera Penna	Dott. Massimo Bellasio	Dott. Andrea Grimaldi	Dott. Andrea Grimaldi	Dott. Andrea Grimaldi
Dott. Paolo F. Tripoli (LLM)	Dott. Gabriele Piarini	Dott. Gabriele Piarini	Dott. Andrea Bellini	Dott. Guido Bruno Guidi	Dott. Guido Bruno Guidi	Avv. Andrea Tomassochio
Dott. Francesco Nuzzolo	Dott. Giuseppe Pignoli	Dott. Giuseppe Pignoli	Dott. Fabio Beolchi	Dott.ssa Claudia Lambiati	Dott.ssa Claudia Lambiati	Dott. Gabriele Totera
Avv. Cristian Sgaramea	Dott. Emanuele Franchi	Dott. Fabio Piroloczi (PhD/EMBA)	Dott. Edoardo Brami	Avv. Riccardo Lipari	Avv. Riccardo Lipari	Dott. Federico Traversa
Avv. Tommaso Tomaiuolo	Avv. Davide Frau	Avv. Francesco Pizzo	Dott.ssa Daniela Brenna	Avv. Riccardo Lonardi	Avv. Riccardo Lonardi	Dott.ssa Carlotta Tunesi
Avv. Pietro Buccarelli	Dott.ssa Marta Enrica Primavasi	Dott.ssa Elena Robicci	Dott.ssa Valentina Caldiroli	Dott. Simone Longano	Dott. Simone Longano	Dott.ssa Simona Urciuoli
Avv. Maria Cristina Gengia	Dott.ssa Elena Robicci	Dott.ssa Elena Robicci	Avv. Flavia Calò	Avv. Severio Mastini	Avv. Severio Mastini	Dott.ssa Luisa Vacca
Dott. Michele Gino Lenotti	Dott.ssa Federica Rossi	Dott.ssa Federica Rossi	Avv. Antonella Carlucci	Dott. Giovanni Marra	Dott. Giovanni Marra	Dott. Nicola Vezzaro
Avv. Stefano Cancarini	Dott. Luigi Pio Rutigliano	Dott. Luigi Pio Rutigliano	Avv. Michele Carminati	Dott. Alessandro Marzorati	Dott. Alessandro Marzorati	Dott. Domenico Vito
Dott.ssa Alessandra Cavina	Dott. Marco Ruzza	Dott. Marco Ruzza	Dott.ssa Mara Carrano	Dott. Fabio Mastropasqua	Dott. Fabio Mastropasqua	Dott.ssa Felicia Zaffiro Puopolo
Dott. Simone Guidi	Avv. Luca Sogliano	Avv. Luca Sogliano	Dott. Gianpiero Catusciani	Dott.ssa Stefania Medda	Dott.ssa Stefania Medda	Dott.ssa Vittoria Caganelli
Dott. Simone Alessandro Marchiò	Dott.ssa Daria Salari	Dott.ssa Daria Salari	Cons. Lav. Rosaria Cera	Dott. Raffaele Menzione	Dott. Raffaele Menzione	Cons. Lav. Lucia Zedda

Milano • Piazza Tre Torri 2 • 20145, Italia • Tel. +39 02 916051 • Fax +39 02 91605000 | Bari • 70122, Via Abate Gimma 72 • Tel. +39 080 5640211 • Fax +39 080 5640299 - 70124, Via Papa Pio XII 60 • Tel. +39 080 5044444 • Fax +39 080 5619024 | Bergamo • 24121, Largo Belotti 5 • Tel. +39 035 229691 • Fax +39 035 2296925 | Bologna • 40126, Via Angelo Finelli 8 • Tel. +39 051 6167711 • Fax +39 051 6167799 | Brescia • 25121, Viale Duca d'Aosta 28 • Tel. +39 030 3697601 • Fax +39 030 3697690 | Firenze • 50121, Viale Antonio Gramsci 15 • Tel. +39 055 2482911 • Fax +39 055 2482999 | Napoli • 80121, Via dei Mille 16 • Tel. +39 081 716141 • Fax +39 081 7161450 | Novara • 28100, Via Fratelli Rosselli 28 | Padova • 35138, Via Vicenza 4 • Tel. +39 049 873421 • Fax +39 049 8734299 • Galleria dei Borromeo 4 | Palermo • 90141, Via Marchese Ugo 60 • Tel. +39 091 6268669 • Fax +39 091 301321 | Parma • 43121, Viale Tanara 20/A • Tel. +39 0521 275911 • Fax +39 0521 781844 | Roma • 00154, Largo Angelo Fochetti 29 • Tel. +39 06 5717851 • Fax +39 06 57178557 | Torino • 10122, Corso Palestro 10 • Tel. +39 011 592271 • Fax +39 011 5922777 | Trento • 38121, Viale Della Costituzione 33 | Treviso • 31100, Viale Gian Giacomo Felissent 90 • Tel. +39 0422 425611 • Fax +39 0422 425699 | Varese • 21100, Via Albuzzi 43 • Tel. +39 0332 285039 • Fax +39 0332 284474 | Verona • 37135, Via Francia 21/C • Tel. +39 045 8051411 • Fax +39 045 8051499

Codice Fiscale e Partita IVA 12142310155 | e-mail: <nome>.<cognome>@pwc.com

TLS Associazione Professionale di Avvocati e Commercialisti is a member firm of PricewaterhouseCoopers International Limited, each member firm of which is a separate legal entity

Premessa

PwC TLS – Avvocati e Commercialisti (e nel seguito anche **PwC TLS**) esprime il pieno supporto e la totale adesione all’iniziativa dell’Agenzia delle Entrate di effettuare una pubblica 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 con i nuovi criteri per determinare in modalità semplificata il requisito dell’effettivo livello di tassazione (tassazione effettiva dell’utile inferiore al 50 per cento di quella italiana) indicato dall’articolo 167, comma 4, lettera a) del TUIR.

L’obiettivo del seguente documento è principalmente attinente alla fiscalità dei Gruppi di imprese con attività internazionale ed in particolare quelli caratterizzati dalla presenza in territorio italiano di società, ed altre entità separate, e/o stabili organizzazioni che producono reddito d’impresa (*business income*) soggetto all’imposta sul reddito delle società (*corporate tax*).

In particolare, data la natura e la finalità della disciplina CFC (nel seguito anche “**CFC rule**”), e su cui vedi *infra*, si propone di valutarne specificamente il funzionamento differenziandolo, se necessario, quando in territorio italiano operino soggetti imprenditori propriamente detti dagli altri casi in cui in territorio italiano operino persone fisiche non imprenditori o soggetti assimilati. Infatti, tali due scenari, in linea di principio, pongono rischi radicalmente differenti in termini di “*base erosion and profit shifting*” e, conseguentemente, anche le *CFC rule* dovrebbero coerentemente operare diversamente.

A tal riguardo, preliminarmente si evidenzia che la disciplina CFC, come accennato anche nella bozza di Circolare, seguendo l’evoluzione dei sistemi fiscali dei Paesi industrializzati, si è evoluta abbandonando l’originaria impostazione volta a colpire il “*tax deferral*”, tipica dei sistemi ispirati al sistema del credito, per abbracciare una più spiccata funzione antielusiva, contro i fenomeni tipici del reddito d’impresa di “*base erosion and profit shifting*”, maggiormente in linea con i sistemi ispirati al metodo dell’esenzione.

Inoltre, come evidenziato dal Report Azione 3 del BEPS, le *CFC rule* dovrebbero essere una disciplina concepita e disegnata per avere primariamente un effetto deterrente e non invece a generare gettito. Si ritiene che l’accoglimento di tale criterio di fondo sia essenziale per il corretto funzionamento sul campo della disciplina in quanto permetterebbe agli operatori (contribuenti ed amministrazione) di concentrare le loro analisi (e gli sforzi di *compliance* e controllo) sulla specifica finalità della disciplina stessa (che, come si vedrà nel seguito, dovrebbe essere identificata, per la fiscalità d’impresa appunto, nel contrasto al dirottamento - *diversion* - del reddito dal luogo di produzione, ed in particolare dall’Italia) andando al di là del semplice soddisfacimento delle due condizioni meccanicistiche di ingresso nel regime (i.e., il livello di imposizione e la generazioni di ricavi “mobili”). In altri termini, assumendo che il fine ultimo delle *CFC rule*, nel contesto della fiscalità d’impresa, debba essere quello di colpire il dirottamento del reddito a danno dell’Italia, e pertanto le medesime *CFC rule* siano volte a colpire gli schemi di pianificazione fiscale aggressiva caratterizzati da tale effettivo risultato, ed in ultima analisi spingere i contribuenti verso comportamenti virtuosi, si dovrebbe escludere che l’istituto sia indirizzato primariamente a produrre gettito (che diversamente, senza tale “bussola”, potrebbe essere spesso erratico ed arbitrario).

Ciò è chiaramente confermato dalle considerazioni generali, comuni a tutti gli ordinamenti fiscali, contenute nel citato Report Azione 3 del BEPS ove l’OCSE afferma che le *CFC rule* dovrebbero essere disegnate per ottenere un effetto deterrente (“*CFC rules are generally designed to act as a deterrent*”) e non di per sé per generare gettito (“*CFC rules are not primarily designed to raise tax on the income of the CFC*”), in quanto tali regole dovrebbero essere finalizzate a colpire gli effetti di distoglimento ossia essere “*designed to protect revenue by ensuring profits remain within the tax base of the parent or, in the case of CFC regimes that also target the stripping of third countries’ bases (“foreign-to-foreign stripping”), other group companies, typically by preventing taxpayers from shifting income into CFCs.*”

Nella bozza di Circolare questo aspetto prende forma nell'ambito dei chiarimenti al riconoscimento della circostanza esimente, che consente la disapplicazione del regime CFC. La bozza di Circolare, infatti, precisa che “sarà adeguatamente valutata, in sede di interpello, la circostanza che la struttura non comporta la distrazione di utile dall'Italia verso altri Paesi, o territori”.

Partendo dall'assunto che i criteri che guidano le valutazioni in sede di interpello da parte dell'Amministrazione non possano divergere dai criteri che devono seguire i contribuenti in sede di presentazione della dichiarazione dei redditi e la stessa Amministrazione in sede di controllo, si evidenzia che la finalità portante, la *ratio*, delle *CFC rule* disegnate dal legislatore italiano è specificamente quella di proteggere la base imponibile italiana dal suddetto dirottamento (c.d. “*diversion from the parent jurisdiction*”).

Tale impostazione finalistica è ribadita nel citato Report Azione 3 del BEPS ove viene sottolineato come le *CFC rule* potrebbero operare sia come completamento di un sistema che adotta, come ispirazione di fondo, il criterio della tassazione dell'utile mondiale (sistema del credito per imposte estere o *Capital Export Neutrality* – CEN -), per cui in ultima analisi il livello di tassazione effettiva degli investimenti esteri delle imprese nazionali deve tendere almeno al livello di tassazione domestico, sia di un sistema che adotta, come ispirazione di fondo, un approccio territoriale (sistema dell'esenzione o *Capital Import Neutrality* – CIN -), per cui la tassazione effettiva degli investimenti esteri delle imprese nazionali deve tendere al livello di tassazione della giurisdizione ove viene effettuato l'investimento.

Nel primo caso (CEN), le *CFC rule* dovrebbero avere la finalità (principale) di colpire il differimento della tassazione (“*tax deferral*”), tenuto conto che normalmente (ossia in assenza delle *CFC rule*), la tassazione domestica avverrebbe soltanto al momento del rimpatrio degli utili sotto forma di dividendi (o di plusvalenze). In particolare, al rimpatrio degli utili (quali dividendi) il socio tassa tali utili e scomputa dall'imposta domestica dovuta le imposte pagate all'estero sui redditi da cui originano i dividendi (credito di imposta indiretto). L'applicazione delle *CFC rule* anticipa il momento della tassazione rispetto al momento del rimpatrio degli utili. Esempio emblematico di questa impostazione era il sistema USA (prima della riforma Trump).

Nel secondo caso (CIN), le *CFC rule* hanno la finalità di assicurare, in seconda battuta dopo il *transfer pricing*, che il reddito prodotto dalle entità estere (*subsidiary* o stabili organizzazioni in regime di esenzione) non sia il frutto di manipolazioni nella localizzazione territoriale del medesimo in quanto oggetto, in particolare, di dirottamento (*diversion*) dalla giurisdizione della *parent* verso altre giurisdizioni ove non è svolta effettivamente l'attività economicamente significativa che ha generato tale reddito dirottato, e spesso a bassa fiscalità¹. Tale finalità, generalmente, è idonea a proteggere la base imponibile delle giurisdizioni che adottano il metodo dell'esenzione (*dividend exemption, participation exemption e branch exemption*) quale rimedio contro la doppia imposizione.

Per altro, illustra sempre l'OCSE, tale impostazione anti-dirottamento potrebbe essere adottata da una giurisdizione sia con approccio “egoistico”, ossia a tutela esclusivamente della propria base imponibile (“*diversion from the parent jurisdiction*”), sia con approccio “cooperativo” a tutela, oltre che della propria, anche della base imponibile di altre giurisdizioni (sia “*diversion from the parent jurisdiction*” che “*foreign to foreign*”) in logica di reciprocità. Esempio emblematico dell'impostazione “egoistica” pare il vigente sistema UK in cui, facendo sostanzialmente riferimento alla nozione di “*significant people functions*” (SPF, ed al relativo luogo di svolgimento), il reddito CFC (ossia la quota del reddito prodotto dalla controllata estera

¹ Come si vedrà, nell'ambito delle raccomandazioni OCSE da Azione 3, così come nella Direttiva ATAD, il livello effettivo di imposizione estera si configura come una soglia di ingresso (e più precisamente una *exemption* secondo l'impostazione OCSE) volta ad individuare le fattispecie a maggiore rischio BEPS, ossia una condizione necessaria ma non sufficiente per individuare le situazioni che integrano effettivamente i risultati oggetto di contrasto da parte delle *CFC rule*.

imputabile alla *parent*) viene identificato e quantificato con riguardo specifico a quello derivante da attività economiche (le funzioni, con i connessi *asset* e rischi) svolte in UK ma che è, invece, originariamente allocato (o meglio dirottato) dal contribuente verso la controllata estera².

L'attuale sistema fiscale italiano di imposizione del reddito dei Gruppi con presenza internazionale è incentrato sul riconoscimento della legittimità della loro espansione nei mercati esteri, sulla ripartizione della base imponibile ancorata sul principio di libera concorrenza (*arm's length principle*), da poco riformulato, rafforzato ed aggiornato secondo le migliori pratiche internazionali (a seguito delle Azioni 8, 9 e 10 del progetto BEPS). Allo stesso tempo, accanto alla esenzione dei dividendi da controllate estere (seppur spesso condizionato da profili di "congruità", e su tale aspetto vedi *infra* in merito alle controllate estere non UE/SEE), l'ordinamento si è evoluto riconoscendo, su base opzionale, il regime dell'esenzione della stabile organizzazione all'estero di imprese residenti. Ciò evidenzia ormai la spiccata tendenza anche dell'ordinamento fiscale italiano, in merito al reddito d'impresa dei Gruppi, verso un'impostazione di stampo territoriale³.

In tale contesto si dovrebbe inserire anche uno dei temi cardine del disegno delle *CFC rule* e relativo all'inquadramento del regime di rimpatrio degli utili (come dividendi o plusvalenze anche "estero su estero") derivanti dal reddito prodotto dalle attività svolte all'estero da "controllate estere".

L'attuale regime del rimpatrio degli utili da "controllate estere", come anticipato, potrebbe essere inteso in modo da attribuire un ruolo rilevante al criterio della "congrua imposizione", a prescindere dal dirottamento del reddito a danno dell'Italia, con potenziali significative ricadute anche sul regime CFC. Ciò vale in generale per i dividendi da "controllate estere", anche quando percepiti da *holding* controllate estere (che per la stessa natura della loro attività e delle risorse che la medesima richiede vengono spesso "punite") a prescindere da ogni reale effetto di distoglimento dall'Italia di redditi derivanti dai beni di "primo" grado. In questa sede, consapevoli dell'impossibilità di apportare modifiche normative all'attuale regime dei dividendi da controllate estere, nell'ottica comunque di esplorare gli spazi interpretativi concessi dall'attuale tessuto normativo, si ritiene opportuno evidenziare che tale regime non dovrebbe stravolgere le *CFC rule* portando queste ultime ad incentrarsi (anche) su di essi⁴. Il dividendo da "controllata estera", infatti, non rappresenta altro che il riflesso in seconda battuta del reddito prodotto⁵ dalla controllata estera; tale reddito prodotto dalla controllata estera dovrebbe essere l'unico *target* di una *CFC rule* attenta alle esigenze di protezione della corretta allocazione della base imponibile all'Italia e, allo stesso tempo, non di ostacolo all'espansione all'estero delle imprese italiane. In altri termini, il trattamento di dividendi (e di plusvalenze) da

² Cfr. in merito anche la decisione sul regime CFC UK DECISIONE (UE) 2019/1352 DELLA COMMISSIONE del 2 aprile 2019 relativa all'aiuto di stato SA.44896 concesso dal Regno Unito riguardante un'esenzione per operazioni finanziarie infragrupo ("*group financing exemption*") dall'applicazione di una *CFC rule* dichiaratamente volta a colpire i profitti "*artificially diverted away from the UK*" (cfr. https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/201929/271690_2063757_139_2.pdf). In tale decisione la Commissione, peraltro, nel commentare i lavori dell'OCSE afferma che il "*report was prepared to ensure that jurisdictions that choose to apply CFC rules can do so in a manner that will be effective to prevent taxpayers from shifting profits into foreign subsidiaries to avoid taxation. The report mentions the UK CFC rules as an example of rules which use the concepts developed by the OECD to identify the group's SPF associated with each asset to establish the scope of the rules.*" (cfr. par. 41). La medesima, inoltre, descrive sinteticamente il contenuto della Direttiva ATAD nel seguente modo: "*The actual CFC rule is laid down in Article 7 of the Anti-Tax Avoidance Directive and gives Member States the choice between two different types of CFC rules. The standard rule, listing types of profit which – if subject to low tax – should be taxed under the CFC rule, is included in paragraphs 1, 2(a) and 3 of Article 7. An alternative rule based on a SPF test is included in paragraphs 1, 2(b) and 4 of Article 7, stating that a CFC's profits arising from SPF carried out in the controlling Member State is to be subject to a CFC charge.*" Le Decisione della Commissione, seppur oggetto di impugnazione, evidenzia come anche la disciplina CFC sia stretta a livello UE tra l'esigenza di rispettare le libertà fondamentali e quella di non violare la disciplina degli aiuti di Stato.

³ Naturalmente e coerentemente le *CFC rule* non trovano applicazione nei confronti delle stabili organizzazioni col credito di imprese italiane.

⁴ Lo stesso Report Azione 3 dell'OCSE evidenzia come "*if the dividends were paid out of active income of an affiliate, those dividends may not raise BEPS concerns*" (cfr. par. 78).

⁵ O anche che sarà prodotto dalla stessa nel caso delle plusvalenze.

partecipazioni in controllate estere (ed anche delle controllate estere *holding* di partecipazione) in ottica *CFC rule* meriterebbe uno specifico “*design*” (calibrato tra impostazioni di *policy*, sostegno allo sviluppo all’estero delle imprese italiane e protezione dell’interesse fiscale di tutela della base imponibile domestica) ma di certo non dovrebbe condizionare strutturalmente il funzionamento delle *CFC rule* come strumento volto a colpire il reddito delle controllate estere colpevoli di beneficiare del dirottamento del reddito dall’Italia⁶. Sulla base di quanto precede, nel seguito, salvo diversa specifica indicazione, i commenti in tema di CFC non saranno rivolti ai dividendi ed alle *holding* di partecipazione⁷.

Ciò premesso, un tema preliminare che riteniamo centrale attiene alla puntuale, espressa e programmatica definizione, nell’ambito della Circolare, di quale sia la (o di quali siano le) finalità della disciplina CFC Italiana ex. articolo 167 TUIR.

In particolare, la definizione di tale finalità ci pare essenziale quale presupposto fondante per poi procedere ad interpretare ed applicare i vari snodi strutturali ed operativi delle *CFC rule* in coerenza con le stabilite finalità. E ciò vale, come verrà illustrato, con specifico riguardo alla c.d. “*esimente*” prevista dal comma 5.

In assenza di tale definizione, viceversa, vi è l’elevato rischio che le *CFC rule* possano dare luogo ad un istituto che genera elevati costi di *compliance* e di amministrazione, nonché in potenza elevato contenzioso, senza peraltro raggiungere con precisione gli obiettivi prefissi.

Da questo punto di vista, ossia delle finalità delle *CFC rule*, pur a fronte delle chiare indicazioni della relazione illustrativa, la bozza di Circolare non sembrerebbe fornire un univoco inquadramento.

In particolare, secondo la relazione illustrativa, la disciplina CFC ha la finalità di “*evitare che i soggetti con società controllate in Paesi a fiscalità privilegiata possano attuare pratiche di pianificazione fiscale in virtù delle quali trasferiscano ingenti quantità di utili dalla società controllante - soggetta ad elevata fiscalità - verso le società controllate soggette, invece, a tassazione ridotta*”. Il riferimento al trasferimento di utili “*dalla società controllante*” alle “*società controllate*” pare una chiara indicazione, da parte del legislatore italiano, verso l’approccio “*egoistico*” volto alla esclusiva protezione della base imponibile dell’Italia, quale giurisdizione della “*società controllante*” (c.d. “*diversion from the parent jurisdiction*”).

La bozza di Circolare⁸, invece, in vari contesti fa riferimento in generale a finalità di natura “*antielusiva*” della disciplina CFC, per poi enucleare le seguenti:

- quella volta ad “*evitare che contribuenti con società controllate estere localizzate in Paesi con livelli di tassazione particolarmente ridotti o nulli possano trasferire base imponibile a queste ultime*” (cfr. pagina 9), ossia ad impedire ai Gruppi “*di spostare in modo improprio il reddito in controllate estere*” (cfr. pagina 11) e quindi una finalità di “*contrasto dei fenomeni di distoglimento di redditi a beneficio della CFC*” (cfr. pagina 74);

⁶ Come potrebbe essere riscontrato in base alla circostanza che tali controllate estere siano prive, in tutto o in parte, con riferimento a tali flussi di reddito di origine italiana, di “attività economica effettiva con adeguata sostanza”.

⁷ Si anticipa che nell’ambito della Tematica 5.1 infra, qualora non si ritenga percorribile quanto proposto in questa premessa relativamente al trattamento dei dividendi da controllate estere (ed in particolare la non rilevanza dei dividendi da controllate estere ai fini del ETR test e del passive income test), o comunque in aggiunta, si sviluppa una proposta (il c.d. riporto all’indietro - “*carry back*” - delle eccedenze di ETR estero rispetto al livello congruo) volta a ridurre, in logica “*second best*”, gli effetti negativi sullo sviluppo dei Gruppi Italiani all’estero derivante dall’attuale regime fiscale dei dividendi delle controllate estere non UE/SEE che non applicano la CFC in forza dell’*esimente* da svolgimento di “attività economica effettiva”.

⁸ Per inciso si ritiene necessario precisare che non si condivide l’affermazione contenuta nella bozza di Circolare a pagina 9 ove si afferma che l’azione 3 del BEPS “*prevede la definizione di migliori pratiche da adottare nella predisposizione di norme interne volte a individuare e assoggettare a imposizione i redditi imputati a società controllate estere localizzate in Paesi a fiscalità privilegiata*”. In particolare, il punto di attenzione attiene al riferimento ai “Paesi a fiscalità privilegiata” in quanto nell’Azione 3 del BEPS il livello di tassazione effettiva (ossia la congruità dell’imposizione sul reddito della CFC) non è la finalità perseguita ma, più semplicemente, una soglia che evidenzia aree di maggiore ricorrenza dei rischi di dirottamento del reddito (ossia dei rischi BEPS).

- quella di “ripristinare un congruo carico fiscale” e di “contrastare la delocalizzazione⁹ di attività in un determinato Stato” (cfr. pagina 53).

Dai suddetti passaggi emergerebbe che le *CFC rule* sarebbero:

- finalizzate alla protezione della base imponibile dal distoglimento (senza tuttavia specificare che il dirottamento da colpire è solo quello che danneggia la base imponibile italiana), e
- comunque, compatibili con le finalità di assicurare la congruità del carico fiscale e di contrastare la delocalizzazione.

In merito si propongono due considerazioni che si ritengono essenziali.

In primo luogo, si evidenzia che la finalità di evitare il distoglimento, come anticipato a danno dell'Italia, non pare trovare un chiaro, esplicito e deciso riconoscimento nel concreto funzionamento della disciplina CFC.

In particolare, le condizioni di applicazione del regime e nello specifico il requisito del controllo, da una parte, e l'*ETR test* ed il *passive income test*, dall'altra, non permettono di distinguere due situazioni per il resto sovrapponibili a seconda che l'una sia caratterizzata da *diversion from the parent* e l'altra no. Il contrasto del distoglimento del reddito a danno dell'Italia sarebbe quindi un risultato eventuale ma non necessario del funzionamento delle *CFC rule*. Potrebbe anzi accadere che un reddito non distolto dall'Italia venga comunque imputato (e tassato in capo) al socio italiano.

Il controllo, infatti, non pare un elemento discriminante in termini di puntuale perseguimento della finalità (essendo appunto un elemento che può essere comune al perseguimento di differenti finalità).

D'altro canto il *test* del livello di tassazione effettiva (“*ETR test*”) ed il *test* da *passive income* (“*passive income test*”) paiono semplicemente due “condizioni di ingresso” (che devono ricorrere “congiuntamente”) nel regime che, secondo le indicazioni OCSE, servono ad individuare le situazioni più a rischio cosicché anche il loro meccanico soddisfacimento non implica necessariamente che la controllata estera sia effettivamente coinvolta in una struttura o in operazioni concepite per avere (o che comunque hanno) l'effetto di disallineare (separare) i) il luogo di produzione del valore e di creazione della ricchezza e della base imponibile (ed in particolare l'Italia) dal ii) luogo di tassazione dirottando, appunto, il reddito prodotto in Italia nella mani della CFC.

Se così è (il controllo, l'*ETR test*, il *passive income test* non hanno capacità selettiva delle situazioni che meritano la reazione CFC, quale misura dissuasiva o comunque di rimozione degli effetti BEPS di distoglimento del reddito dall'Italia), è giocoforza necessario ricercare e valorizzare quale “*building block*” dell'istituto sia deputato ad operare tale opera di discernimento teleologico (ossia di dare concreta attuazione alla finalità della disciplina CFC). Differentemente si darebbe luogo ad un istituto la cui finalità sarebbe declinata solo formalmente ma senza che vi sia uno strumento idoneo a darne esecuzione concreta.

Ebbene, a parere di chi scrive tale “*building block*”, come riconosciuto dalla stessa bozza di Circolare, ma solo in fase di commento alla disciplina dell'interpello, è da riconoscere nella c.d. “*esimente*” prevista dal comma 5 dell'articolo 167 del TUIR. Nello specifico, la c.d. *esimente* non si dovrebbe configurare come un'agevolazione o un atto di benevolenza del legislatore ma dovrebbe essere intesa come il tassello fondamentale delle *CFC rule* volto precipuamente a selezionare (e nel caso a misurare), a parità di rischio potenziale evidenziato dal congiunto soddisfacimento dei *test* di ingresso (*ETR test* e *passive income test*), le fattispecie meritevoli di repressione dalle fattispecie che, invece, non lo sono. E ciò sulla base dell'unico criterio rilevante ossia il riscontro, caso per caso, della presenza o meno di “*distrazione di utile dall'Italia verso altri Paesi o territori*”.

⁹ Delocalizzazione che qui si intende riferita allo “*spostamento in altri Paesi di processi produttivi o fasi di lavorazione al fine di guadagnare competitività*” e da tenere distinta del descritto fenomeno del dirottamento.

Peraltro, se si vuole, la stessa natura antielusiva della disciplina CFC richiede di individuarne con chiarezza e precisione la finalità (e quindi anche i concreti effetti disapprovati dal legislatore e da reprimere).

Solo in tal modo, infatti, è possibile applicare in concreto il fondamentale principio di proporzionalità (essenziale per la compatibilità comunitaria della disciplina) secondo cui una regola antielusiva può essere giustificata solo nella misura in cui la stessa non vada oltre quanto è strettamente necessario per raggiungere l'obiettivo prefisso.

Si noti infatti che il principio di proporzionalità ha una declinazione non solo procedurale (di cui il legislatore si è fatto espressamente carico prevedendo una procedura con contraddittorio rafforzato *ex. comma 11* dell'articolo 167 del TUIR) ma anche sostanziale.

Come chiarito dalla Corte di Giustizia una misura antielusiva (e nello specifico una *CFC rule*) si giustifica se, e nella misura in cui, colpisce comportamenti volti ad “*eludere l'imposta normalmente dovuta sugli utili generati da attività svolte nel territorio nazionale*” (*cf.* da ultimo la Sentenza del 20/1/2021 nella causa C-484/19, par. 49 e la giurisprudenza ivi citata).

Nel caso della CFC con finalità anti-distoglimento a protezione della base imponibile italiana, la repressione, in applicazione del principio di proporzionalità, non dovrebbe andare oltre l'importo del reddito oggetto di distoglimento dall'Italia (non potendo, invece, travolgere anche il reddito che non è frutto di tale distoglimento).

Non dovrebbe, invece, assumere rilievo quale fondamento dell'effettivo operare delle *CFC rule* (ossia quale presupposto della più ampia misura di imputazione per trasparenza), la finalità del ripristino della congruità dell'imposizione estera e/o del contrasto alla delocalizzazione.

Questo è chiaro nel caso delle controllate estere UE o dello Spazio economico europeo. Per tali controllate estere, infatti, l'assenza di distoglimento di reddito a danno dell'Italia dovrebbe essere condizione sufficiente per disattivare l'attivazione delle *CFC rule* ed, ai fini del trattamento di dividendi e plusvalenze (quali rimedi contro la doppia imposizione economica), il livello di imposizione è sempre irrilevante (*cf.* l'articolo 47/bis del TUIR). In altri termini, per tali controllate estere l'esercizio della libertà di stabilimento, in assenza di distoglimento di reddito dall'Italia, non può essere messo in discussione semplicemente sulla base di ragioni di congruità dell'imposizione estera. Per tali controllate estere, quindi, le *CFC rule* non possono che operare in pura ottica anti-distoglimento dall'Italia.

Ma ciò è vero anche per le altre controllate estere una volta che si ammette (come riconosciuto anche dalla bozza di Circolare¹⁰) che il loro regime CFC è stato disegnato dal legislatore senza distinzioni rispetto alle omologhe controllate estere UE o SEE. In altri termini, una volta che si ammette che non vi è distinzione tra società UE o SEE e società non-UE o non-SEE, ne consegue che ciò che non può essere fatto nei confronti delle prime non può essere fatto nei confronti delle seconde.

Sulla base di quanto sopra rappresentato, si propone di meglio precisare l'interpretazione ed il funzionamento dell'esimente per i Gruppi di imprese di modo che il contribuente, in applicazione del principio di proporzionalità procedurale e sostanziale, possa comunque dimostrare, una volta integrato il controllo e le due condizioni di ingresso, che tutto il, o anche solo parte del, reddito della controllata estera non sia frutto di dirottamento a danno dell'Italia e che quindi, in quanto prodotto ed appreso in modo “appropriato” dalla medesima in quanto senza effettivo distoglimento dall'Italia, debba essere riconosciuto come frutto di attività economica effettiva con sostanza svolta all'estero (e non, invece, risultato di fenomeni

¹⁰ Si vedano, tra gli altri, i passaggi a pagina 6 (ove si riconosce la previsione di “un'unica fattispecie valida a prescindere dallo Stato di residenza o localizzazione della società estera”) ed a pagina 16 (ove si afferma che “la possibilità di dimostrare l'esimente dello svolgimento di una ‘attività economica sostanziale’ viene riconosciuta a prescindere dal Paese di residenza o di localizzazione della CFC”).

di “*base erosion and profit shifting*” a danno effettivo della potestà impositiva italiana) e quindi non debba essere oggetto di imputazione per trasparenza in capo al socio controllante residente in Italia.

In altri termini, la c.d. esimente dovrebbe propriamente assurgere al ruolo di cuore pulsante della disciplina CFC valevole per le controllate estere di imprese italiane in quanto unico elemento della (unica) fattispecie volto a implementare la finalità antielusiva della disciplina stessa e quindi a selezionare e distinguere i casi, e la misura, in cui è necessaria una reazione (costituita dall'imputazione per trasparenza al socio italiano del reddito della controllata estera frutto di dirottamento a danno della potestà impositiva italiana).

Riprendendo la bozza di Circolare a pagina 12, nell'ambito della descrizione del contesto della Direttiva ATAD vi è il chiaro riferimento alla “*necessità di assicurare che l'imposta sul reddito sia versata nel luogo in cui si svolgono le attività economicamente significative che generano il valore e gli utili*” e ciò sulla base di soluzioni comuni e coordinate contro le “*pratiche di elusione e di pianificazione fiscale aggressiva*” (e non invece di concorrenza fiscale tra stati - c.d. *harmful tax competition*). In altri termini, l'obiettivo che le *CFC rule* dovrebbero colpire è il “*reddito dirottato*” dall'Italia presso una controllata estera e quindi il reddito prodotto da attività economicamente rilevante svolta in territorio Italiano ma rilevato (contabilmente e fiscalmente) dalla controllata estera senza che la stessa abbia posto in essere alcuna attività economica effettiva con adeguata sostanza che giustifichi (ossia legittimi) l'apprensione ed il trattenimento di tale reddito, in realtà Italiano.

Da questo punto di vista, le *CFC rule* dovrebbero essere intese come una salvaguardia ulteriore (c.d. *backstop*), con effetto “*deterrente*” e non “*revenues raising*”, rispetto alla corretta (e coerente) applicazione della disciplina del “*transfer pricing*” (da valutare secondo i criteri delle Linee Guida OCSE del 2017 come rivisitate nell'ambito del progetto BEPS proprio per assicurare *aligning taxation with value creation*).

In altri termini, al contribuente imprenditore controllante Italiano dovrebbe essere sempre permesso, e garantito sulla base del principio di proporzionalità, di poter dimostrare sulla base delle analisi di *transfer pricing* che tutto (o parte) del reddito della “*controllata estera*” non è effettivamente attribuibile ad attività economicamente significative svolte in Italia (e che quindi vi è allineamento tra luogo di svolgimento dell'attività, non in Italia, e luogo di tassazione, non in Italia). In assenza di dirottamento dall'Italia (i.e., quando la controllata estera non si è resa colpevole di aver appreso e trattenuto reddito in realtà attribuibile all'Italia), quindi, le *CFC rule* non dovrebbero attivarsi e né tutto e né parte del reddito della stessa dovrebbe essere imputato alla controllante italiana.

Come illustrato nello stesso report OCSE sull'Azione 3, le *CFC rule* dovrebbero essere:

- una misura di ultima istanza (*backstop*),
- con effetto essenzialmente deterrente¹¹, come affermato dalla stessa bozza di Circolare, ad esclusiva protezione dal dirottamento della base imponibile dalla giurisdizione della *parent company* (ossia dell'Italia)
- la cui attivazione è successiva all'applicazione del *transfer pricing*,

con la conseguenza che, qualora sia dimostrato che tramite la corretta applicazione della disciplina del *transfer pricing* (anche con riguardo all'AOA per le stabili organizzazioni in esenzione di imprese residenti) la base imponibile del gruppo sia ripartita in Italia in piena aderenza con il luogo di svolgimento delle attività economicamente significative che lo hanno prodotto, non vi dovrebbe essere spazio per l'attivazione dell'imputazione per trasparenza, anche qualora il livello di imposizione sofferto all'estero fosse incongruo (esito non praticabile a livello UE/SEE e, come accennato sopra, per espansione anche a livello non UE/SEE)

¹¹ Dalla descritta impostazione finalistica delle *CFC rule* discende l'ovvia ricaduta di declinare con ulteriori accorgimenti la situazione dei dividendi provenienti da controllate estere (e delle holding controllate estere che percepiscono dividendi da altre controllate estere) in quanto, come rilevato dalla stessa azione 3, la risalita dei profitti nell'ambito del Gruppo, una volta che sia assodato che essi non derivino da redditi dirottati non dovrebbe destare le medesime preoccupazioni degli altri redditi “*mobili*”.

e il reddito derivi da categorie di ricavi “mobili” (diversi dai dividendi distribuiti dalle controllate estere, su cui vedi infra) in quanto sarebbe dimostrato che nel caso concreto non vi è stato alcun dirottamento a danno dell’Italia da punire.

In conclusione, si propone di valutare l’opportunità di orientare tutta l’interpretazione dell’articolo 167 del TUIR, per quanto riguarda la fiscalità dei Gruppi di imprese, all’insegna della specifica finalità anti-distoglimento a danno dell’Italia volta a colpire la separazione tra il reddito imponibile (allocato all’estero) e l’attività che lo hanno prodotto (svolta in Italia), con effetto spiccatamente deterrente e non di generazione di gettito aggiuntivo.

Il tutto nell’ambito di un sistema fiscale, quale quello italiano, che non deve essere un freno allo sviluppo, all’espansione ed al successo delle imprese italiane nei mercati esteri, dove le stesse potrebbero pur godere di regimi fiscali meno gravosi rispetto a quello italiano a condizione che, e nella misura in cui, le medesime non vi dirottino reddito in realtà prodotto in territorio Italiano ma, in tale ottica, operino all’insegna dell’allineamento tra luogo di svolgimento dell’attività economica effettiva (all’estero) e luogo di tassazione (all’estero) senza effettivamente danneggiare la potestà impositiva italiana.

In tale ottica, quella volta a definire con precisione la finalità delle *CFC rule* (quale misura contro il distoglimento di reddito dall’Italia) e ad individuare la c.d. esimente quale elemento centrale del raggiungimento concreto di tale finalità, diviene quindi chiave definire con precisione i criteri in base ai quali deve operare l’esimente.

Nell’ambito della linea interpretativa proposta, è giocoforza fare riferimento alle logiche ed ai criteri contenuti nell’articolo 110, comma 7 del TUIR, nel Decreto in tema di *transfer pricing* del 2018, nella linee guida OCSE sul *transfer pricing* ed in particolare agli strumenti di analisi idonei a discernere un’appropriata attribuzione di tutte le categorie di reddito (interessi, *intangibles*, *leasing* finanziario, attività finanziarie, intermediazione a scarso valore aggiunto relativamente a beni e servizi, etc.) tranne che, in linea con la stessa natura del *transfer pricing* quale disciplina della ripartizione della base imponibile (intesa come risultato differenziale tra proventi e costi) prodotta da beni ed attività di “primo grado”, per i dividendi e le plusvalenze su partecipazioni da controllate estere (redditi che originano da beni di “secondo grado”).

Alla luce di quanto rappresentato si chiede di valutare l’opportunità di chiarire che per il contribuente imprenditore residente (o stabilito) in Italia, al fine di dimostrare l’esimente, sia appropriato fare riferimento ai criteri di *transfer pricing* (ed in particolare alla c.d. “analisi funzionale¹²) in generale (si pensi ad attività che hanno ad oggetto beni e/o servizi) ed anche con riguardo ai proventi (e redditi) “mobili” quali gli “interessi” (da finanziamenti e altre attività finanziarie), compreso il “*leasing finanziario*” (cfr. nuovo Capitolo 10 delle Linee Guida OCSE sulle transazioni finanziarie), quelli derivanti da “intangibili” (cfr. Capitolo VI delle Linee Guida OCSE sugli *intangibles*), quelli derivanti da “attività bancarie, assicurative e finanziarie” (per cui in aggiunta alle Linee Guida OCSE in generale, ed alla parte dedicata al “*global trading*” nell’ambito del capitolo III del Report AOA - dedicato anche all’applicazione dell’*arm’s length principle* tra imprese associate - sarebbe possibile fare riferimento anche alle nozioni espresse nel medesimo Report AOA), per controllare e/o dimostrare l’appropriatezza dell’attribuzione del reddito nelle mani della controllata estera ed, in particolare, l’assenza di dirottamento di reddito a danno dell’Italia.

Per quanto riguarda invece i dividendi da “controllate estere”, facendo leva sulla precipua finalità anti-distoglimento del reddito, dovrebbe essere chiarito che non rientrano nel “*passive income test*” e nel “*ETR test*” i dividendi (e le plusvalenze) da tali “controllate estere” già incluse nel campo di applicazione delle *CFC*

¹² Lo svolgimento dell’analisi funzionale illustrata nelle *TP Guidance*, in particolare, produce l’esito di identificare “*the substance of the commercial or financial relations between the parties*” (cfr. par. 1.119) e quindi la “*factual substance of the commercial or financial relations between the parties*” (cfr. par 1.120).

rule (in base al *test* del controllo ed a prescindere da ogni altra evenienza quale l'integrazione delle condizioni di ingresso ed il ricorrere dell'esimente o meno). Infatti, una volta che si ammette che il reddito oggetto delle *CFC rule* sia il reddito dirottato dall'Italia (ossia frutto di separazione tra luogo di svolgimento dell'attività che lo ha prodotto e luogo di tassazione) si potrebbe ritenere che venga meno la ragione di fondo per colpire, nell'ambito delle *CFC rule*, i dividendi (e le plusvalenze) da controllate estere (già nel campo di applicazione delle *CFC rule* stesse).

Il tutto per fornire alle imprese italiane un chiaro indirizzo circa le finalità delle “regole del gioco” di modo che fintantoché un Gruppo Italiano effettivamente si espanda all'estero, senza dirottare impropriamente reddito italiano verso le controllate estere, la fiscalità degli investimenti esteri risulti quella del paese di insediamento e di svolgimento dell'attività economica effettiva con sostanza, senza sistematici ed eccessivi strascichi sul rimpatrio degli utili (e delle plusvalenze) dalle controllate estere. In tal modo, le imprese italiane sarebbero nella posizione di competere ad armi pari con i propri concorrenti sui mercati esteri ed al contempo rispettare le legittime pretese impositive delle giurisdizioni in cui operano.

Per illustrare la linea interpretativa proposta si consideri il seguente esempio:

- A Co, residente in Italia, opera nello Stato B con una stabile organizzazione in *branch exemption*.
- Inoltre, A Co controlla una holding estera H Co, nella giurisdizione H, che detiene varie altre società estere (C Co, D Co etc. nonché X Co e Y Co) residenti in varie giurisdizioni (C, D etc. nonché X e Y).
- Le società operative svolgono attività produttive e di distribuzione.
- X Co invece svolge attività finanziaria e di tesoreria a supporto delle esigenze del Gruppo ed eroga alle società operative (C Co, D Co etc.) risorse tramite finanziamenti onerosi.
- A sua volta X Co è capitalizzata da H Co con un *mix* di *equity* e *debt*.
- Y Co, inoltre, svolge attività consistenti nella gestione degli IP del Gruppo che concede in licenza alle società operative contro *royalties*.
- H Co, infine, riceve i dividendi dalle controllate estere dirette (C Co, D Co etc. nonché X Co e Y Co) ed interessi da X Co.

Dopo l'applicazione delle *policy* di *transfer pricing*, emerge che tutte le società operative (C Co, D Co etc.) non superano le condizioni di ingresso nel regime mentre le controllate estere X Co, Y Co ed H Co (quest'ultima senza considerare i dividendi ma solo gli interessi, come proposto) e la stabile organizzazione superano le condizioni di ingresso (*ETR test* e *passive income test*) oltre ad evidenziare una consistente redditività (raccolgendo nelle proprie mani parte dell'*extra* profitto del Gruppo rispetto alla remunerazione delle attività routinarie).

Emergono **2 scenari** alternativi estremi.

1. Nel **primo scenario** X Co (*finance company*) e Y Co (*IP company*), H Co (*Holding company*) e la stabile organizzazione in esenzione sono entità che svolgono tutte le funzioni necessarie e sufficienti, contribuiscono tutti gli *asset* necessari e sufficienti ed assumono e sopportano tutti i rischi necessari e sufficienti, secondo le logiche di *transfer pricing*, per giustificare l'apprensione ed il trattenimento degli *extra* profitti.
2. Nel **secondo scenario** invece:
 - X Co ed H Co (relativamente agli interessi) si presentano come un'entità cui dovrebbe essere riconosciuto solamente un rendimento *free risk* in quanto non svolgono le necessarie attività di *risk control* relativamente ai propri impieghi di risorse finanziarie (es: finanziamenti), che vengono invece svolte in territorio italiano;
 - Y Co non svolge le funzioni DEMPE ma si limita a svolgere un'attività di *patent administration*; le funzioni DEMPE, invece, vengono svolte in territorio italiano;

- il reddito attribuito alla stabile organizzazione eccede quello correttamente alla stessa spettante in base all'AOA in quanto le SPF (o le funzioni KERT, a seconda dei casi) sono svolte in territorio italiano.

Nel primo scenario, le *CFC rule* dovrebbero operare in modo da permettere il pieno riconoscimento della legittimità formale e sostanziale del risultato fiscale ottenuto dal Gruppo (ripartire la base imponibile derivante dalla attività di “primo” grado) tra le varie giurisdizioni in cui opera, in linea con il luogo di svolgimento dell'attività) e ciò a prescindere dal previo superamento delle condizioni di ingresso (meri indici automatici e meccanici di pericolo). Il rimpatrio degli utili/dividendi (anche estero su estero in capo ad H Co) dovrebbe poter godere in pieno della *exemption* per i dividendi (o della *pex* in caso di plusvalenze)¹³, ed anche dell'esenzione con riguardo alla stabile organizzazione.

Nel secondo scenario, le *CFC rule*, in ottica *backstop*, dovrebbero poter intervenire, a rafforzamento del *transfer pricing* in logica di controllo di secondo livello¹⁴, spostando il reddito dirottato (dall'Italia nelle mani delle controllate estere) e imputandolo alla *parent company* in misura appropriata e quindi senza attrarre la remunerazione (per quanto in ipotesi non significativa) dovuta a X Co, Y Co ed H Co per l'attività da esse effettivamente svolta. Per quanto riguarda la stabile organizzazione, invece il dirottamento, in linea di principio, dovrebbe essere rimosso tramite la previa rettifica del reddito attribuito alla medesima sulla base dell'AOA. Anche in tale caso, una volta rimosso il dirottamento, il rimpatrio degli utili (anche estero su estero in capo ad H Co) dovrebbe poter godere in pieno della *exemption* per i dividendi (o della *pex* in caso di plusvalenze)¹⁵, ed anche dell'esenzione con riguardo alla stabile organizzazione.

A prima vista la proposta impostazione non rende “semplice” il funzionamento dell'esimente (e quindi delle *CFC rule*) perché richiede lo svolgimento di analisi dettagliate, caso per caso, volte a ricondurre (tra Italia ed estero) il reddito al luogo di svolgimento delle attività che lo hanno prodotto (“*align taxation with value creation*”).

Tuttavia, tale impostazione pare insita strutturalmente nell'esigenza che le *CFC rule* siano in grado di raggiungere il proprio obiettivo ed emerge chiaramente dallo stesso testo della Direttiva ATAD in cui l'esimente è specificamente collegata alle evidenze che emergono da “*circostante e fatti pertinenti*” (formulazione che è una tipica espressione delle logiche di *transfer pricing*).

Inoltre, il *transfer pricing* è sempre più oggetto di attenzione e di investimenti in termini di *compliance* da parte dei Gruppi, e la corretta applicazione di tale disciplina è già presidiata dal compimento di accurate analisi riversate in appropriata e strutturata documentazione (si pensi al *Master File*, al *Local File* ed al CBCR, per i grandi Gruppi). In altri termini, dal punto di vista degli oneri di *compliance* i contribuenti sono (o dovrebbero) essere già in grado di dimostrare la correttezza della ripartizione della base imponibile del Gruppo tra Italia ed estero. Lo stesso vale anche per gli oneri in capo all'amministrazione finanziaria la quale, già tenuta a controllare il rispetto del *transfer pricing*, potrebbe far leva sulle *CFC rule* per implementare un controllo di secondo livello volto a catturare le eventuali sacche (e solo queste) di reddito

¹³ O quantomeno, come proposto *supra*, non rilevare ai fini del *passive income test* e del *ETR test* in quanto provenienti ad una “controllata estera” (H Co) da altre “controllate estere” (C Co, D Co etc. nonché X Co e Y Co) tutte rientranti nel campo di applicazione delle *CFC rule* e per cui si può ritenere, dopo i controlli di primo livello da TP e di secondo livello da CFC, l'assenza di alcuna forma di dirottamento di reddito a danno dell'Italia [ergo: separazione del reddito dal luogo (Italia) ove si è svolta l'attività che lo ha prodotto].

¹⁴ Cfr. in merito il par. 9 del Report BEPS sull'Azione 3 ove si afferma che: “*current work on transfer pricing may allow a funding return to be allocated to a low-function cash box that just provided financing. If that cash box were a low-tax foreign subsidiary and a country were to choose to subject that return to CFC taxation, this choice would be consistent with the BEPS Action Plan. CFC rules can also be used after the application of transfer pricing rules to address situations where the transfer pricing rules were implemented or applied in a way that is inconsistent with the goals of the Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*”.

¹⁵ O quantomeno, come proposto *supra*, non rilevare ai fini del *passive income test* e del *ETR test* in quanto provenienti ad una “controllata estera” (H Co) da altre “controllate estere” (C Co, D Co etc. nonché X Co e Y Co) tutte rientranti nel campo di applicazione delle *CFC rule* e per cui si può ritenere, dopo i controlli di primo livello da TP e di secondo livello da CFC, l'assenza di alcuna forma di dirottamento di reddito a danno dell'Italia [ergo: separazione del reddito dal luogo (Italia) ove si è svolta l'attività che lo ha prodotto].

dirottato a danno dell'Italia (ossia le incoerenze nella concreta applicazione delle TP *policy* da parte di Gruppi).

In merito, a fini di semplificazione e coerenza, potrebbe essere anche chiarita (o estesa in sede di riforma) la rilevanza della TP *documentation* estera della controllata estera che, qualora risulti idonea, potrebbe essere anche valorizzata a fini della “*penalty protection*” a fini CFC.

Da ultimo il fatto che la proposta interpretazione finalistica delle *CFC rule* faccia leva sul “*transfer pricing*” pare pienamente in linea, soprattutto nel contesto UE delle libertà fondamentali, con la natura delle *CFC rule* quale *backstop* del *transfer pricing* con finalità deterrente e non invece quale autonoma misura volta ad incrementare il gettito.

Le *CFC rule*, in ultima analisi, per quanto riguarda i Gruppi con attività *cross-border* dovrebbero essere configurate come un controllo di secondo livello, rispetto al *transfer pricing*, volto a spingere i contribuenti ad applicare correttamente il primo nei riguardi della corretta ripartizione, sulla base dell'effettivo luogo di svolgimento dell'attività economica e di creazione del valore, della base imponibile tra Italia ed estero.

In altri termini, qualora la controllante italiana riscontri l'integrazione delle condizioni di ingresso ed in assenza di interpello positivo, al fine di disapplicare l'imputazione per trasparenza del reddito della controllata estera, oltre a dover indicare la controllata nella propria dichiarazione dei redditi, deve premurarsi di poter, e raccogliere un *set* documentale che sia idoneo a, dimostrare che presso la controllata estera non sia collocato reddito dirottato dall'Italia. In assenza di tale dimostrazione opererà l'imputazione per trasparenza.

Appare evidente la pressione ulteriore che viene posta circa il rispetto del principio di libera concorrenza rimesso, in prima battuta, alle entità italiane ed estere del Gruppo che intrattengono direttamente tra loro rapporti economici e finanziari, ed in seconda battuta alla controllante residente o localizzata in Italia (a prescindere che la medesima sia o meno controparte diretta di tali rapporti).

Anche dal punto di vista dell'amministrazione la presenza delle *CFC rule* amplia le capacità di analisi tempestiva di rischio (sulla base delle condizioni di ingresso e delle segnalazioni in dichiarazione in assenza di interpello positivo ed in presenza di invocazione dell'esimente) potendo richiedere alla controllante Italiana di dimostrare che non vi è dirottamento di reddito dall'Italia.

Pertanto, una lettura finalisticamente orientata dell'esimente, secondo quanto proposto, potrebbe avere effetti virtuosi sul sistema fiscale italiano dando vita:

- da un lato, ad un istituto chiaramente finalizzato al raggiungimento di precisi obiettivi (definibili nell'*an* e nel *quantum*), fornendo certezza agli operatori circa i comportamenti virtuosi da tenere nel loro espandersi nei mercati esteri, e
- dall'altro, ponendo le basi per un alleggerimento della fiscalità dei dividendi provenienti dalle controllate estere (ovunque localizzate) che, una volta passato il controllo di primo livello del *transfer pricing* e quello di secondo livello delle *CFC rule* relativamente al reddito con cui sono formati, dovrebbero non essere rilevanti ai fini delle condizioni di ingresso in capo alla controllata estera che li percepisce e, in prospettiva di riforma, poter godere infine e pienamente del loro regime naturale di esclusione essendo certificato che tali dividendi non mascherano reddito dirottato dall'Italia ma provengono in modo appropriato da giurisdizioni estere di produzione del reddito (in allineamento tra luogo di produzione del reddito, non in Italia, e luogo di tassazione, all'estero, e quindi in assenza di rischi BEPS a danno dell'Italia) a prescindere dal livello di imposizione scontato all'estero dalla controllata estera o dalla natura mobile dei proventi da cui originano.

Si pensi inoltre al caso emblematico delle stabili organizzazioni in *branch exemption* di imprese residenti: una volta che i) sia certo (e controllabile) che il reddito attribuito alla stabile organizzazione (riconosciuta dall'Italia e dalla giurisdizione di localizzazione) sia fedele riflesso dell'analisi fattuale e funzionale (e quindi che non vi sia alcun distoglimento dall'Italia) e che ii) la disciplina dei disallineamenti da ibridi¹⁶ abbia intercettato (e rimosso) eventuali incoerenze nell'applicazione delle regole di attribuzione del reddito, vi sono chiare ragioni di *policy* sia per non applicare le *CFC rule* (a fronte di una "appropriata" e "coerente" ripartizione della base imponibile tra Italia ed estero) sia, in prospettiva di riforma, per riconoscere interamente ed in modo permanente il metodo dell'esenzione al reddito propriamente prodotto all'estero dall'impresa residente in Italia e senza strascichi sulle riserve di utili (come infatti avviene in caso di stabile organizzazione localizzata in un paese UE/SEE).

Ciò premesso in termini generali, esponiamo di seguito i nostri commenti seguendo lo schema Tematica / Paragrafi della circolare / Punti del provvedimento interessati / Osservazioni / Contributi.

Ad ogni modo PwC TLS sin da ora manifesta la propria piena disponibilità, se ritenuto opportuno, ad effettuare approfondimenti e/o a fornire chiarimenti in forma scritta o orale, a partecipare a specifici incontri od altre iniziative ritenute appropriate nell'ambito della presente consultazione.

¹⁶ Cfr. articoli da 6 a 11 del Decreto ATAD.

Tematica 1: precisazioni circa l'applicazione della CFC agli OICR residenti in Italia**Paragrafi della circolare (Punti del provvedimento) interessati: Par. 2****Osservazioni**

Nella bozza di Circolare (cfr. pagina 19) si precisa che “*stante l'ampia portata della norma, il regime è applicabile [...] agli OICR [...]*” ossia ai fondi di investimenti (mobiliari ed immobiliari) istituiti in Italia.

In merito, si chiede di valutare l'opportunità di valorizzare la natura e la funzione dell'OICR quale controllante ultima (ossia quale “*Ultimate Parent Entity*” - UPE - e quindi ente non controllato da altri soggetti), al fine di riconoscere che, alla luce della natura anti elusiva della disciplina CFC, sulla base di una appropriata valutazione di assenza di rischio di “*base erosion and profit shifting*” a danno dell'Italia, un OICR residente in Italia e non controllato (da altri soggetti) debba essere in generale escluso dall'applicazione delle *CFC rule* le quali, viceversa, rimarrebbero ordinariamente applicabili, in veste di controllanti, alle eventuali entità operative partecipare dall'OICR stesso.

Contributo

Si chiede di precisare che un OICR residente in Italia (e non controllato da altro soggetto) sia da considerare escluso dal regime CFC in veste di controllante residente.

Tematica 2: precisazioni relative all'ambito di applicazione dell'articolo 162 del TUIR e all'AOA**Paragrafi della circolare (Punti del provvedimento) interessati: Par. 2.3.2 (pag. 25). Par. 5 (pag. 70 e 71), par 7.2 (pag. 94)****Osservazioni**

La bozza di Circolare precisa anche che “*in mancanza di fonte internazionale vincolante per gli Stati, si potrà configurare una stabile organizzazione italiana in presenza dei soli requisiti previsti dall'articolo 162 del TUIR*”.

La medesima bozza di Circolare, a commento della previsione per cui anche i “*soggetti controllanti non residenti*” possono assumere rilievo ai fini dell'articolo 167 del TUIR, chiarisce che al fine di determinare le “*partecipazioni nella controllata estera che fanno parte del patrimonio della stabile organizzazione*” occorre “*fare riferimento*” all'Approccio OCSE autorizzato (AOA).

Come noto l'articolo 162 del TUIR prevede varie tipologie di stabile organizzazione ed in particolare:

- la stabile organizzazione da “sede fissa d'affari” (la cui definizione è contenuta nel comma 1 ed a cui è riconducibile anche la c.d. “*positive list*” - contenuta nel comma 2);
- la stabile organizzazione da “cantiere” (disciplinata dal comma 3);
- la stabile organizzazione “personale” (disciplinata dal comma 6).

Come già precisato nella stessa bozza di Circolare la configurabilità di una stabile organizzazione non è di per sé sufficiente per attivare le *CFC rule* in quanto, come anticipato, è anche necessario che sia riscontrato, in base all'Approccio autorizzato OCSE (c.d. AOA) e quindi in base all'analisi fattuale e funzionale, che la partecipazione faccia “*parte del patrimonio della stabile organizzazione*” e che, quindi, in territorio italiano

siano effettivamente svolte le c.d. funzioni KERT relative alla creazione o alla successiva gestione della partecipazione.

Su tali basi si chiede di precisare che è comunque necessario il riscontro dell'effettivo svolgimento in territorio italiano di funzioni KERT anche in caso di:

- c.d. accertamento “induttivo” in caso di stabile organizzazione occulta (sia di tipo “materiale” che “personale”);
- assenza di Convenzione contro le doppie imposizioni, sia attivata in funzione antielusiva la lettera f-/bis del comma 2 (ossia in presenza di “una significativa e continuativa presenza economica nel territorio dello Stato costruita in modo tale da non fare risultare una sua consistenza fisica nel territorio stesso”);
- perdita dello “status” di residente fiscale

Contributo

Si propone di precisare, a pagina 21 della bozza di Circolare, dopo la frase “*comporta la continuazione della eventuale tassazione per trasparenza in capo al soggetto che perde lo status di residente fiscale con effetto dall’inizio del periodo d’imposta, qualora la sua presenza sul territorio italiano configuri comunque una stabile organizzazione nel medesimo periodo d’imposta (o anche nei periodi d’imposta successivi)*” quanto segue: “***Ovviamente anche in tale caso deve essere riscontrato che la partecipazione faccia parte del patrimonio della stabile organizzazione***”

Tematica 3: coordinamento operativo tra CFC e branch exemption

Paragrafi della circolare (Punti del provvedimento) interessati: Par. 2.3.2 (pag. 25). Par. 5 (pag. 70 e 71), par 7.2 (pag. 94)

Osservazioni

Nella bozza di Circolare si precisa che “*qualora, a seguito delle verifiche effettuate (e in assenza dell’esimente), la stabile organizzazione si configuri come CFC, la tassazione per trasparenza avrà ad oggetto i redditi attribuiti alla branch.*” (cfr. pagina 70 e 71).

Parimenti la bozza di Circolare chiarisce che “*il Decreto ha modificato il citato articolo 168 ter, subordinando l’operatività del regime di esenzione per la branch che integri i presupposti della disciplina CFC alla ricorrenza dell’esimente di cui al comma 5 dell’articolo 167 del TUIR*” (cfr. pagina 26).

Infine, a commento dell’esempio 5 relativo ad una *branch* di un soggetto residente in Italia altrimenti in b.ex. (cfr. pagina 94), si afferma che “*Alfa nega l’esenzione e procede a tassare per trasparenza i redditi prodotti dalla CFC*”.

In altri termini, parrebbe che il regime di *branch exemption* sia “subordinato”, qualora la stabile organizzazione integri i presupposti della CFC, alla ricorrenza dell’esimente e che in assenza il relativo reddito debba essere tassato per trasparenza.

In merito si chiede di confermare che, considerato il meccanismo di funzionamento della *branch exemption*, secondo cui anche in caso di *branch exemption* la dichiarazione dei redditi deve riportare l’indicazione del risultato di bilancio dell’impresa nel complesso e le relative variazioni in aumento ed in diminuzione ed a parte riportare tramite apposita variazione in aumento (in caso di perdite della stabile organizzazione) o in

diminuzione (in caso di perdita), anche in caso di stabile organizzazione CFC sia comunque necessario scorporare il risultato fiscale della stabile organizzazione dal reddito complessivo dell'entità nel complesso e poi riportare lo stesso importo a tassazione separata CFC. Il tutto al fine di evitare che il reddito della stabile organizzazione CFC sia tassato due volte: i) una volta quale parte del reddito complessivo dell'entità nel complesso; ii) un'altra volta a tassazione separata.

Si veda il seguente esempio semplificato.

ITA Co ha esercitato l'opzione b.ex. ed ha 2 stabili organizzazioni (PE 1 e PE 2).

Nell'anno 1 ITA Co, quale impresa nel complesso, ha un risultato di bilancio (ante imposte) di 100 (pari anche al reddito fiscale, assumendo in ipotesi l'assenza di variazioni fiscali diverse dalle seguenti).

Il reddito attribuibile a PE 1 è 20 mentre quello attribuibile a PE 2 è pari a 30.

PE 2 si configura come CFC.

Dal punto di vista dichiarativo ITA Co dovrà indicare nella dichiarazione dei redditi dell'anno 1 un risultato di bilancio pari a 100 e dovrà:

- operare una variazione in diminuzione per 20 a titolo di *branch exemption* per escludere il reddito di PE 1;
- operare una variazione in diminuzione per 30 per scorporare dal reddito dell'impresa nel complesso il risultato della PE 2 CFC;
- indicare nel quadro FC il reddito di PE 2 CFC per 30.

Il tutto in modo da evidenziare in dichiarazione¹⁷:

- un reddito complessivo pari a 50 tassabile ordinariamente in quanto prodotto da casa madre, ed
- un reddito CFC di 30 tassato separatamente relativo a PE 2,

godendo in tal modo della b.ex relativamente a PE 1 (per 20) e tassando ordinariamente il reddito della gestione italiana per 50 e per tassazione separata il reddito per 30 di PE 2.

Contributo

Alla Luce di quanto sopra si propone di inserire a pagina 71 della bozza di Circolare, dopo la frase “...la tassazione per trasparenza avrà ad oggetto i redditi attribuiti alla branch.” quanto segue: “**Rimane fermo che, in occasione della tassazione per trasparenza e per non ingenerare duplicazioni, un pari ammontare di reddito (o perdita) andrà sottratto dal (o aggiunto al) reddito complessivo dell'impresa nel complesso**”.

¹⁷ Per altro, quanto sopra proposto, pare in linea con le indicazioni contenute nelle istruzioni alla dichiarazione () ove, con riferimento al rigo RF31 (o RF55 in caso di somma algebrica positiva), codice 45 (o codice 41), si precisa quanto segue: “*in caso di esercizio dell'opzione di cui all'art. 168-ter del TUIR, la somma algebrica, se negativa (o positiva, ndr), dei redditi e delle perdite di tutte le stabili organizzazioni all'estero, comprese quelle che soddisfano le condizioni di cui al comma 4 dell'art. 167 del TUIR, in assenza dell'esimente richiamata nel comma 5 del citato art. 167*”;

Tematica 4: precisazioni circa il rendiconto delle stabili organizzazioni in esenzione

Paragrafi della circolare (Punti del provvedimento) interessati: Par. 4

Osservazioni

La bozza di Circolare precisa che per “*le stabili organizzazioni esenti, sia di soggetti residenti in Italia che di soggetti controllati non residenti, rileva il rendiconto redatto ai fini fiscali dello Stato di residenza della casa madre.*” La logica di tale precisazione risiede nella circostanza che in caso di *branch exemption* il reddito escluso (o esentato) nella giurisdizione di casa madre viene separato dal reddito dell’entità nel complesso e misurato nel “*quantum*” secondo l’attribuzione che tale giurisdizione opera (e quindi in base al rendiconto vista giurisdizione di casa madre).

In ultima analisi, tale impostazione pare coerente con la precisazione relativa alla prospettiva circa l’esistenza di una stabile organizzazione (“*an*”) per cui la stessa bozza assume la medesima prospettiva della giurisdizione di casa madre (anche nel caso della stabile “*disconosciuta*”).

In pratica, il rendiconto vista giurisdizione di casa madre potrebbe coincidere o meno con quello vista giurisdizione della stabile organizzazione. In caso di coincidenza vi è coerenza e sulla base del medesimo rendiconto viene applicata la *branch exemption* nella giurisdizione di casa madre e vengono determinate le imposte estere in capo alla stabile organizzazione nella relativa giurisdizione di insediamento.

In caso di non coincidenza tra i due rendiconti, tuttavia il denominatore del rapporto volto a determinare l’ETR estero (ossia il risultato da rendiconto visto casa madre) non coinciderebbe con il rendiconto in base al quale sono calcolate le imposte locali in capo alla stabile organizzazione.

A tal fine si chiede di precisare che ai fini delle sterilizzazioni relative alle variazioni temporanee estere (su cui comunque si veda la Tematica 5.1 infra) sia comunque corretto fare riferimento al rendiconto vista giurisdizione di localizzazione della stabile organizzazione.

Inoltre, a fini di certezza, si propone di precisare nell’Allegato 3, ed in particolare relativamente all’articolo 4 comma 1, che per le stabili organizzazioni in esenzione (sia di imprese residenti che di controllate estere) rileva il rendiconto redatto ai fini fiscali dello Stato di “casa madre” e non invece, in caso di differenze, quello redatto a fini fiscali dello Stato in cui è localizzata la stabile organizzazione.

Contributo

Salvo quanto illustrato nella Tematica 5.1, si propone di precisare che per le stabili organizzazioni in *branch exemption* di imprese italiane o estere il riferimento al rendiconto vista casa madre valga ai fini della determinazione dell’utile ante imposte cui rapportare l’imposta estera e l’imposta virtuale italiana. Tuttavia ai fini del calcolo dell’imposta estera, ed in particolare ai fini della sterilizzazioni, si chiede di precisare che sia possibile fare riferimento al rendiconto vista locale.

Tematica 5.1: le modalità semplificate di determinazione dell'effettivo livello di tassazione (estera e italiana)

Paragrafi della circolare (Punti del provvedimento) interessati: Par. 4.1

Osservazioni

Lo schema di Provvedimento prevede (*cf.* il punto 5.1.), e la bozza di Circolare illustra (*cf.* pagine da 45 a 50) alcune novità legate alla previsione del comma 4 dell'articolo 167 in merito alla condizione di ingresso del livello di tassazione effettiva ("ETR test") secondo cui è rimesso ad un Provvedimento del Direttore dell'Agenzia il compito di indicare *"i criteri per effettuare, con modalità semplificate, la verifica della presente condizione, tra i quali quello dell'irrilevanza delle variazioni non permanenti della base imponibile"*.

La principale novità rispetto al passato introdotta dallo schema di Provvedimento attiene all'estensione della "sterilizzazione" anche ad alcune variazioni temporanee a riversamento non certo e definito (ed alle imposte sostitutive estere).

L'approccio proposto nello schema, e come illustrato dalla bozza di Circolare, presenta tuttavia rilevanti criticità:

- sia in termini di risultati sul funzionamento delle *CFC rule* (e potenzialmente del regime fiscale delle successive distribuzioni di dividendi visto il rinvio operato dall'articolo 47-bis, comma 1, lettera a);
- sia dal punto di vista operativo in termini di impegno richiesto ai contribuenti (e relativi costi vivi di *compliance*).

In merito al primo aspetto, si rileva che l'approccio perseguito rende asimmetriche le sterilizzazioni da operare ai fini del *tax rate* estero rispetto a quelle da operare ai fini del *tax rate* virtuale italiano in modo da ridurre sistematicamente il primo pur mantenendo elevato il secondo.

Infatti, le sterilizzazioni riguardano:

- per il livello di imposizione estero, l'anticipazione dei ricavi e la posticipazione dei costi che all'estero avvengono tramite variazioni in aumento rispetto al risultato di bilancio della controllata estera (variazioni in aumento da sterilizzare);
- per il virtuale italiano, la posticipazione dei ricavi e l'anticipazione della deduzione di costi che avvengono nell'ambito del computo virtuale tramite variazioni in diminuzione rispetto al risultato di bilancio della controllata estera (variazioni in diminuzione da sterilizzare).

Si pensi al caso di una controllata estera localizzata in una giurisdizione che, seguendo le indicazioni BEPS da Azione 4, ha introdotto una disciplina simile a quella prevista dall'articolo 96 del TUIR.

Al ricorrere dei presupposti, parte degli interessi passivi saranno:

- indeducibili all'estero (tramite variazione in aumento ed incremento delle imposte correnti) ma con variazione da sterilizzare ai fini del calcolo del *tax rate* estero in quanto posticipazione della deduzione di costi rispetto al risultato di bilancio;
- indeducibili ai fini del virtuale italiano (tramite variazione in aumento ed incremento delle imposte correnti virtuali) ma con variazione da non sterilizzare ai fini del calcolo del *tax rate* virtuale italiano (in quanto appunto rinvio della deduzione di costi e non invece anticipazione della deduzione di costi).

Generalizzando il trattamento delle differenze a riversamento non certo e predeterminato emerge che all'inizio del periodo in cui si manifestano tali differenze:

- per quanto riguarda il *tax rate* estero si tratta sempre di sterilizzare variazioni in aumento (che anticipano la tassazione di ricavi o posticipano la deduzione di costi rispetto al bilancio) con riduzione quindi del livello di tassazione estero (rispetto all'ipotesi di non sterilizzazione);
- per quanto riguarda il *tax rate* virtuale italiano si tratta sempre di sterilizzare variazioni in diminuzione (che posticipano la tassazione di ricavi o anticipano la deduzione di costi rispetto al bilancio) con aumento del livello di tassazione virtuale italiano (rispetto all'ipotesi di non sterilizzazione).

A ciò si aggiunge che, sempre guardando all'inizio del periodo in cui si manifesta la differenza temporanea, aumenta la probabilità che venga soddisfatto l'ETR *test*, conducendo al ricorrere delle altre condizioni la controllata estera nell'ambito del regime di imputazione per trasparenza (che continuerebbe secondo l'approccio della bozza di Circolare fintantoché viene soddisfatta l'esimente) o, comunque, anche nel caso di immediato soddisfacimento dell'esimente per le controllate extra UE/SEE, vi sarebbe un impatto permanente sul regime dei dividendi (c.d. *mini-pex*).

In altri termini, si potrebbe concludere che, dal punto di vista dei risultati, l'approccio accolto dallo schema di provvedimento ed illustrato nella bozza di Circolare vada oltre una semplice misura di “*semplificazione*” inasprando di fatto il regime CFC (e dei dividendi non UE/SEE).

Dal punto operativo, inoltre, il nuovo approccio ha *ictu oculi* un impatto dirompente sui processi già in essere in quanto richiede di intercettare (e monitorare il riversamento) di un maggior numero di variazioni temporanee aumentando, anche notevolmente, la complessità e l'onerosità della gestione a regime della condizione di ingresso dell'ETR *test*.

Anche dal punto di vista operativo si potrebbe concludere che il nuovo approccio aggravi gli oneri di *compliance* senza produrre alcuna effettiva “*semplificazione*”.

Sulla base di quanto argomentato si propone di valutare l'opportunità di, alternativamente:

- mantenere l'approccio corrente che limita le sterilizzazioni alle variazioni temporanee con riversamento certo e predeterminato con simmetria tra livello di tassazione estero e virtuale italiano (**opzione 1**);
- mantenere l'approccio corrente che limita le sterilizzazioni alle variazioni temporanee con riversamento certo e predeterminato con simmetria tra livello di tassazione estero e virtuale italiano quale regime obbligatorio ed invece prevedere su base opzionale da parte del contribuente la possibilità di adottare, per ogni singola controllata estera, il nuovo approccio relativo alle variazioni con riversamento non certo e predeterminato (**opzione 2**);
- prevedere l'opzionalità, per ogni singola controllata estera, da parte del contribuente per entrambe le tipologie di sterilizzazioni (**opzione 3**).

In alternativa, o in aggiunta quale sistema opzionale concorrente, si propone di valutare differentemente l'indicazione contenuta nel testo normativo del comma 4 ultima parte dell'articolo 167 in cui il legislatore richiede, tramite Provvedimento, di indicare “*i criteri per effettuare, con modalità semplificate, la verifica della presente condizione, tra i quali quello dell'irrelevanza delle variazioni non permanenti della base imponibile*”.

In particolare, una volta determinato il livello di imposizione effettivo estero sulla base delle imposte effettivamente dovute (secondo le nozioni e l'ampiezza definita nella bozza di Circolare, ma senza

aggiustamenti per le variazioni temporanee) ed aver definito il livello di imposizione virtuale domestico (secondo le modalità previste dalla bozza di Circolare, salva la (opzionale) sterilizzazione delle variazioni temporanee) e quindi il livello di imposizione congrua (pari alla metà del livello virtuale) si potrebbe sviluppare un sistema di riporto in avanti delle eccedenze di ETR estero rispetto alla metà del virtuale italiano in modo da smussare la volatilità che origina dalla ripartizione in più periodi della vita della controllata estera.

Per altro, seguendo la stessa logica, con specifico riguardo alle controllate non UE/SEE potrebbe essere data la possibilità, in alternativa al riporto in avanti, di riportare le eccedenze di ETR estero all'indietro in modo da sanare l'eventuale *gap* di imposizione congrua sulle riserve di utili della controllata estera.

Si veda il seguente esempio (in cui si considera integrato il *passive income test* e non operano sterilizzazioni delle differenze temporanee):

- B Co è una controllata estera UE che nell'anno 1 ha un risultato ante imposte da bilancio di 100 ed imposte rilevanti per 14 e quindi l'ETR estero è pari al 14%.
- Il virtuale italiano è pari al 24% e per cui il livello di tassazione congruo è pari al 12% (con un eccesso di imposte estere per 2).
- Si assuma che nell'anno 2 la situazione sia invertita nel senso che B Co ha un risultato ante imposte da bilancio di 100 ed imposte rilevanti per 10 e quindi l'ETR estero è pari al 10%.
- Il virtuale italiano è, invece, ancora pari al 24% e per cui il livello di tassazione congruo è pari al 12% (con un *gap* di imposte estere per 2).

La proposta è di permettere al socio residente di riportare dall'anno 1 all'anno 2 l'eccedenza di 2 in modo da ridurre (almeno in parte) la volatilità (seguendo la logica che se l'attività si fosse svolta in un singolo periodo l'imposizione estera sarebbe risultata congrua).

In aggiunta, per quanto riguarda le controllate non UE/SEE si propone di prevedere la possibilità di riportare all'indietro le eccedenze di modo che venga ridotto l'impatto della volatilità dell'ETR *test* sul regime fiscale dei dividendi di controllate estere non UE/SEE con esimente.

Si veda il seguente esempio (in cui si considera integrato il *passive income test* e non operano sterilizzazioni delle differenze temporanee).

- B Co è una controllata estera non UE/SEE che nell'anno 1 ha un risultato ante imposte da bilancio di 100 ed imposte rilevanti per 10 e quindi l'ETR estero è pari al 10%.
- Il virtuale italiano è pari al 24% e per cui il livello di tassazione congruo è pari al 12% (con un *gap* di imposte estere per 2). L'esimente è dimostrata (assenza di alcun tipo di dirottamento a danno dell'Italia).
- Si assuma che nell'anno 2 la situazione sia invertita nel senso che B Co ha un risultato ante imposte da bilancio di 100 ed imposte rilevanti per 14 e quindi l'ETR estero è pari al 14%.
- Il virtuale italiano è, invece, ancora pari al 24% e per cui il livello di tassazione congruo è pari al 12% (con un eccesso di imposte estere per 2).

La proposta è di permettere al socio residente di riportare all'indietro dall'anno 2 all'anno 1 l'eccedenza di 2 in modo da smussare la volatilità (seguendo la logica che se l'attività si fosse svolta in un singolo periodo l'imposizione estera sarebbe risultata congrua). In tal modo sia il dividendo dell'anno 1 che il dividendo dell'anno 2 potrebbero godere in pieno del regime di *participation exemption* a fronte di un'attività svolta all'estero senza dirottamento e con un livello di imposizione, al netto della volatilità, che è pari a quello congruo.

Quanto sopra proposto, si presenta pienamente in linea con, e rispettoso delle, due esigenze fatte proprie dal citato comma 4 dell'articolo 167 in quanto lega un profilo di semplificazione (l'operare per masse sulla

fiscalità estera) con l'esigenza di sterilizzare gli effetti meramente legati a differenze temporanee connesse principalmente alla ripartizione della vita della controllata estera in più periodi di gestione.

Contributo

Si propone, in ottica di semplificazione, di rendere opzionale l'attuale impostazione analitica di sterilizzazione delle variazioni temporanee e, in ogni caso, di adottare, anche su base opzionale, un più semplice sistema di riporto in avanti delle eccedenze di imposizione estera effettiva rispetto al livello congruo di imposizione italiana (ossia la metà del livello di imposizione virtuale italiana) e di prevedere la possibilità di riporto in indietro di tali eccedenze ai fini del regime di dividendi (e di plusvalenze) da controllate estere non UE/SEE.

Tematica 5.2: le variazioni non permanenti a riversamento certo e predeterminato ex lege o in base a piani di rientro

Punti del Provvedimento interessati: Punto 5.1.d

Paragrafi della Circolare interessati: Par. 4.1

Osservazioni

Qualora non si accolga quanto proposto nell'ambito della tematica 5.1 sopra illustrata, ed in ogni caso, appare utile svolgere qualche ulteriore considerazione, sui criteri semplificati di determinazione dell'effettivo livello di tassazione, con particolare riguardo alle variazioni non permanenti con riversamento certo e predeterminato in base alla legge o per piani di rientro, di cui al punto 5.1.d del Provvedimento.

Ad illustrazione della previsione in commento, la bozza di Circolare, al paragrafo 4.1.1, precisa che la condizione di certezza e predeterminazione del riversamento, nel calcolo della *tassazione effettiva estera*, mira ad evitare il rischio che venga assunto, ai fini del *test* di congruità del prelievo, un livello di tassazione estera che risenta di componenti temporanee nel caso in cui, per il tramite di esse, la norma locale consenta il rinvio *sine die* della tassazione di ricavi o la deduzione anticipata di costi rilevati in bilancio solo prudenzialmente (e che quindi, in ipotesi, potrebbero non manifestarsi mai in futuro).

Quanto al calcolo della *fiscalità virtuale italiana*, la sterilizzazione delle sole differenze temporanee a riversamento certo e predeterminato dovrebbe seguire la medesima finalità, di assicurare che il *tax rate* virtuale domestico non sia inficiato dalla deduzione di costi prudenziali che potrebbero non manifestarsi in futuro o dal rinvio *sine die* di ricavi.

Nel condividere la *ratio* della delimitazione approntata dal provvedimento alla sterilizzazione delle variazioni temporanee, non può non evidenziarsi la necessità di un chiarimento a quanto previsto nella relativa illustrazione, contenuta nella bozza di circolare, laddove nel catalogo negativo di variazioni temporanee non ammesse alla sterilizzazione della fiscalità virtuale italiana si richiamano gli interessi passivi non deducibili ai sensi dell'art. 96 del TUIR, adducendo a motivo dell'esclusione il fatto che il loro riversamento avverrà soltanto in presenza di future eccedenze di interessi attivi o di ROL.

In termini generali, la valutazione contenuta nella bozza di Circolare risponde all'esigenza di cautela di cui si è detto e che anima la perimetrazione delle variazioni temporanee da sterilizzare. Non si può tuttavia non evidenziare come, in determinati casi e ad esempio per le *start-up*, il riversamento della variazione in aumento da art. 96 del TUIR ben possa essere corroborato, all'altezza di tempo dell'applicazione della *CFC rule* nelle prime fasi di vita dell'entità controllata estera, da un piano industriale che evidenzia la capacità

prospettiva dell'entità stessa di generare ROL idoneo a riassorbire le eccedenze di interessi. In tal caso, sembra a chi scrive che venga meno quella esigenza di cautela che ha indotto il Provvedimento a non sterilizzare le variazioni relative a costi rilevati in bilancio solo prudenzialmente (e che quindi, in ipotesi, potrebbero non manifestarsi mai in futuro).

Alla luce di quanto sopra riportato, a pagina 52 della bozza di Circolare, si suggerisce di integrare il riferimento all'indeducibilità *ex art. 96 del TUIR* degli interessi passivi, precisando che, ai fini del calcolo della tassazione virtuale italiana, la sterilizzazione della variazione fiscale in aumento possa essere operata qualora da apposita documentazione (i.e., piano industriale, *budget*, etc.), opportunamente supportata dalle appostazioni in bilancio in termini di DTA, possa essere rilevata la previsione di future eccedenze di interessi attivi o di ROL in grado di determinare il completo riversamento degli interessi passivi indeducibili.

Analoghe considerazioni pare possano essere estese ad altre variazioni temporanee incluse nell'elenco negativo, riportato a pagina 52 della Circolare, nella misura in cui il relativo riassorbimento possa essere rassicurato in base a piani industriali o altri analoghi documenti, corroborati dagli appostamenti bilancistici in termini di DTA.

Contributo

Si propone, qualora non si accolga quanto proposto nell'ambito della tematica 5.1 sopra illustrata, relativamente alla individuazione delle variazioni temporanee con riversamento certo e predeterminato di ammettere che il contribuente possa dimostrare che il relativo riassorbimento (in base a piani industriali o altri documenti) trovi riscontro nell'appostazione della fiscalità differita nel contesto dei documenti di bilancio, ove sia presente una attestazione di un revisore dei conti che confermi il superamento del *probability test*.

Tematica 6: alcune precisazioni sulle imposte estere

Paragrafi della circolare (Punti del provvedimento) interessati: Par. 4.1.1

Osservazioni

In merito al caso della tassazione di gruppo estera si chiede di precisare che nel determinare le “*imposte riferibili alla controllata singolarmente considerata*” la possibilità che non vi sia una ricevuta di versamento intestata alla controllata estera, oltre al caso in cui ad operare il versamento dell'imposta sia altro soggetto del Gruppo, rilevi anche in presenza di imposta assoluta definitivamente tramite compensazione con le perdite fiscali estere di altro soggetto del Gruppo.

Si immagini il caso in cui A Co residente in Italia abbia due controllate (B Co 1 e B Co 2) nella giurisdizione B ove le stesse partecipano ad un consolidato fiscale. Si assuma che B Co 1 generi localmente un reddito di 100 e B Co 2 una perdita di pari importo. A seguito della compensazione della perdita di B Co 2 con il reddito di B Co 1 nella giurisdizione B non vi sarà nessuna ricevuta di versamento di imposte estere. Si chiede conferma che nel determinare le “*imposte riferibili alla controllata singolarmente considerata*” si debba considerare come assoluta definitivamente l'imposta estera liquidata in capo a B Co 1 tramite compensazione dei relativi redditi con la perdita fiscale estera di B Co 2.

Contributo

Si propone di precisare a pag. 41 della bozza di Circolare, dopo la frase “*Nell’ipotesi in cui la controllata estera aderisca a una forma di tassazione di gruppo, rilevano esclusivamente le imposte riferibili alla controllata, singolarmente considerata (cfr. paragrafo 5.1, lettera c) del Provvedimento*”, quanto segue “*Le imposte riferibili alla controllata sono pari alle imposte calcolate sul risultato positivo della controllata singolarmente considerata, senza tenere conto degli eventuali effetti compensativi derivanti dalla partecipazione alla tassazione di gruppo*”.

Tematica 7: considerazioni relative al riferimento ai “proventi passive” ed in particolare alle cessioni di beni e prestazioni di servizi con valore aggiunto scarso o nullo.

Paragrafi della circolare (Punti del provvedimento) interessati: Par. 5

Osservazioni

Alla luce delle considerazioni svolte in merito alla finalità della disciplina CFC (volta a contrastare il distoglimento del reddito dall’Italia, nel cui ambito il c.d. ETR *test* ed il c.d. *passive income test* svolgono il ruolo di “mere” condizioni di ingresso mentre il ruolo fondamentale di selezione e discernimento tra le situazioni meritevoli di tutela e quelle oggetto di repressione CFC dovrebbe spettare alla c.d. esimente, o comunque in generale, qualora tali considerazioni non vengano accolte, con le osservazioni che seguono, si vuole evidenziare una potenziale criticità connessa all’interpretazione proposta nella bozza di Circolare relativamente alla identificazione dei proventi previsti dai numeri 6 e 7 dell’articolo 167, comma c, lettera b).

Come illustrato nella stessa Azione 3 del BEPS, il significato ultimo dell’individuazione di una lista di categorie di redditi (o proventi), c.d. approccio “*categorical*” attorno a cui costruire una soglia di ingresso “meccanica” è da attribuire alla finalità di mirare la disciplina CFC, in pura ottica di analisi del rischio come guida all’azione del legislatore e dell’amministrazione finanziaria, verso le situazioni che secondo l’*id quod plerumque accidit* si prestano ad evidenziare i rischi BEPS (ossia fenomeni di distoglimento del reddito producendo un disallineamento tra luogo di creazione del valore e luogo di tassazione) cui la *CFC rule* è appunto destinata a reagire.

In altri termini, da una parte, il superamento del *test* consistente nella circostanza oggettiva secondo la quale più di un terzo dei proventi rientri in una delle categorie della lista, è finalizzato a concentrare la disciplina CFC verso quelle situazioni caratterizzate da elevata “mobilità” (e quindi da maggiore esposizione a rischi BEPS) dei proventi (e quindi del reddito).

Infatti, che in ultima analisi le categorie di reddito potenzialmente mobili (facilmente distoglibili o dirottabili) lo siano effettivamente, come anticipato, dovrebbe essere compito dell’esimente stabilirlo (ossia dovrebbe spettare all’esimente discernere quando un reddito è propriamente attribuibile ad una data entità del gruppo sulla base dell’attività economica che la medesima svolge tramite l’impiego dei propri fattori produttivi).

Dall’altra, tuttavia, l’identificazione dei proventi dovrebbe avvenire su basi oggettive e facilmente riscontrabili senza richiedere analisi caso per caso (potenzialmente tipiche dell’esimente, secondo la prospettiva rappresentata in questo contributo).

Da questo punto di vista si ravvisa l’opportunità di ripensare l’interpretazione proposta relativamente ai citati numeri 6 e 7 in cui, a differenza dell’interpretazione diffusa tra gli operatori ed in linea con il tenore letterale

delle disposizioni, la bozza di Circolare abbraccia un approccio di *transfer pricing* in fase di identificazione dei proventi derivanti da beni e servizi a valore aggiunto scarso o nullo.

In particolare, la bozza di Circolare precisa che ciò che conta non è tanto il valore scarso o nullo del servizio (o del bene) in sé (l'operazione) ma invece il valore scarso o nullo contribuito dalla controllata estera e chiarisce che rilevano sia le operazioni infragruppo attive (da cui originano "proventi" per la controllata estera) che quelle passive (da cui originano "costi" per la controllata estera) di modo che rientrerebbero nell'ambito della categoria i proventi derivanti dalla vendita di beni (o prestazioni di servizi) infragruppo connessi a beni e servizi acquistati con controparti terze o viceversa.

Il primo fattore di complessità che qui si vuole evidenziare attiene alla riconciliabilità del criterio della semplicità (sulla cui base il legislatore ha scelto di ancorare tale condizione di ingresso al provento, grandezza lorda, e non al reddito, grandezza netta) con la nozione di "valore aggiunto" non del servizio o del bene in sé ma del contributo apportato che, per natura, è una grandezza netta non immediatamente riscontrabile dalla semplice considerazione della natura del provento stesso.

Un ulteriore profilo è connesso ai casi in cui sia infragruppo l'approvvigionamento del bene (o del servizio) mentre il lato attivo (la cessione del bene o del servizio) sia verso terzi; in tali casi, in particolare, ci si chiede come si debba operare l'individuazione dei "proventi" (in quanto in prima battuta quelli infragruppo sono i costi) e se sia quindi necessario impiantare un sistema di "*tracking e tracing*" che colleghi con omogeneità ed in modo preciso il lato passivo infragruppo al lato attivo verso terzi.

Infine, ci si chiede se il riferimento ai beni e servizi vada inteso in senso ampio - sì che potenzialmente vi rientrerebbe ogni operazione immaginabile (nell'assunto che un'operazione, o un'attività, riguarda o beni o servizi e "*tertium non datur*") - oppure se nell'identificazione delle *operazioni di compravendita di beni e prestazioni di servizi infragruppo* si debba avere riguardo ad un'operazione che non rientra nelle categorie precedenti dei proventi "*mobili*" (ossia da 1 a 5) o comunque sia richiesta l'evidenza di un ruolo dell'entità estera di intermediazione commerciale (intesa come distribuzione). Si pensi al caso di una società che riceve finanziamenti da società del gruppo, acquista immobili e concede tali immobili in locazione ad altre società del gruppo. In tale caso, ci si chiede se si debba ritenere che tale entità abbia servizi infragruppo sia sul lato passivo (i finanziamenti) che sul lato attivo, di modo che possa essere integrata la categoria prevista dal numero 7 oppure che la differente natura dei servizi ricevuti (il finanziamento) rispetto a quelli resi (la locazione) è idonea ad escludere senza ulteriori indagini l'integrazione della categoria.

Detto in altri termini, nell'ambito dei Gruppi, un'interpretazione ampia della nozione delle operazioni aventi ad oggetto cessioni di beni e prestazioni di servizi, vuoi sul lato attivo che su quello passivo, si potrebbe prestare ad ampliare a dismisura le categorie indicate nei numeri da 6 a 7 in modo da, potenzialmente, ricomprendere ogni società estera di un gruppo.

Da ultimo, si chiede di chiarire come sia possibile riconciliare, nell'ambito dei servizi compresi nella categoria 7, il riferimento alla *positive list* (servizi che possono essere a basso valore aggiunto) ed alla *negative list* (servizi che non possono essere a basso valore aggiunto) con l'affermazione che quello che conta non è il valore dell'operazione ma la dimensione del contributo alla creazione del valore apportato dalla controllata estera. In altri termini, un servizio compreso nella *negative list* può comunque rientrare nella categoria di cui al numero 7? E se sì, a quali condizioni?

Tematica 8: Definizione di “attività assicurativa, bancaria e altre attività finanziarie”

Paragrafi della circolare (Punti del provvedimento) interessati: Par. 5.1

Osservazioni

Il numero 5) della lettera b) del comma 4 dell'articolo 167, include inoltre i proventi da “attività assicurativa, bancaria e altre attività finanziarie” nell'ambito di quelli rilevanti ai fini del *passive income test*.

In tale contesto si chiede di chiarire quali siano i criteri da adottare per l'individuazione dei suddetti proventi (da attività bancaria, assicurativa e altre attività finanziarie), ed in particolare, se sia possibile fare riferimento alle indicazioni contenute nella Direttiva ATAD con specifico riguardo alla definizione di “impresa finanziaria” (si veda l'articolo 2, comma 1, numero 5 della citata Direttiva).

Tematica 9: l'appropriato inquadramento della funzione della circostanza esimente e le conseguenti ricadute operative ed in primis il principio di proporzionalità.

Paragrafi della circolare (Punti del provvedimento) interessati: Par. 6

Osservazioni

Come rilevato nella Premessa al presente contributo, nell'ambito della relazione illustrativa al Decreto legislativo che ha modificato l'articolo 167 del TUIR, viene chiaramente indicato che la finalità della CFC sia quella di “evitare che i soggetti con società controllate in Paesi a fiscalità privilegiata possano attuare pratiche di pianificazione fiscale in virtù delle quali trasferiscano ingenti quantità di utili dalla società controllante - soggetta ad elevata fiscalità - verso le società controllate soggette, invece, a tassazione ridotta.”

Tale finalità è ripresa dalla bozza di Circolare ove si ribadisce che la stessa è quella di “evitare che contribuenti con società controllate estere localizzate in Paesi con livelli di tassazione particolarmente ridotti o nulli possano trasferire base imponibile a queste ultime” ed ancora che, nell'ambito della filosofia BEPS e nell'ambito di un “obiettivo di politica di fiscalità internazionale condiviso anche dall'Unione europea”, vi è la “necessità di assicurare che l'imposta sul reddito sia versata nel luogo in cui si svolgono le attività economicamente significative che generano il valore e gli utili...”.

Tuttavia, tale finalità volta ad allineare il luogo di produzione del reddito con il luogo ove avviene la relativa tassazione, non pare essere implementata fino in fondo nello sviluppo dell'intera disciplina CFC.

In particolare, la relazione illustrativa al decreto e la bozza di Circolare precisano che:

- il *passive income test* e l'*ETR test* hanno natura di “condizione di ingresso”, e che
- “al verificarsi delle situazioni previste dalla norma, la tassazione ricomprende l'intero reddito della CFC (sia se derivante da attività “passive” o da altre attività e senza distinguere se derivante dal distoglimento di base imponibile dall'Italia, c.d. “diverted from parent jurisdiction”, o da altre

giurisdizioni, c.d. “foreign to foreign”) che viene imputato per trasparenza in capo al controllante residente”¹⁸.

Allo stesso tempo la Direttiva (cfr. articolo 7, comma 2), nell’ambito del “*minimum standard*”, prevede che lo “*Stato membro del contribuente include nella base imponibile*” le elencate categorie di reddito e non invece tutto il reddito della controllata estera.

In tale contesto, anche qualora non si condivida quanto illustrato nella Premessa, si propone di valutare la possibilità di enfatizzare la finalità della CFC valorizzando la capacità selettiva dell’esimente prevista dal comma 5 (ossia che “*il soggetto controllato non residente svolge un’attività economica effettiva, mediante l’impiego di personale, attrezzature, attivi e locali*”) prevedendo la possibilità che l’esimente stessa possa operare per escludere dalla tassazione del reddito per trasparenza non solo l’intero reddito estero ma anche solo parte del medesimo.

In particolare, si propone di riconoscere al contribuente la possibilità, una volta integrate le condizioni di ingresso (ETR test e passive income test), di dimostrare che anche solo parte del reddito deriva da un’attività economica effettiva mediante “*l’impiego di personale, attrezzature, attivi e locali*” e ciò soprattutto nel caso in cui, come precisato a pagina 131 della stessa bozza di Circolare, il contribuente sia in grado di dimostrare che non si verifica, in tutto o in parte, “*distrazione di utile dall’Italia*”.

Si pensi al seguente caso semplificato (in cui si danno per verificate le condizioni di ingresso del ETR test e del passive income test). La controllata estera B ha un reddito di 1.000 di cui per 550 derivante da c.d. passive income (ossia categorie di proventi ricomprese nella lettera b) del comma 4 dell’articolo 167) e per 450 derivante da attività di produzione (manufacturing) o, comunque, da categorie di proventi non ricomprese nella lettera b) del comma 4 dell’articolo 167).

Si assuma che il contribuente sia comunque in grado di dimostrare, ad esempio sulla base di rigorose analisi di transfer pricing relative alle funzioni svolte, i rischi assunti e gli asset impiegati ed in aderenza alla linee guida OCSE volte a ricostruire la “*real economic substance*” delle operazioni, che l’intero reddito derivante dall’attività di produzione (per 450) e parte del reddito passive (per 300) sia da attribuire in modo “proprio”¹⁹ alla controllata estera, ovvero all’attività economica effettiva da essa svolta, e non sia in alcun modo riconducibile a forme di pianificazione fiscale aggressiva “*alla luce della ratio a fondamento dell’azione 3 di BEPS e della formulazione letterale della Direttiva, volte a garantire il presidio della base imponibile nazionale attraverso il contrasto dei fenomeni di distoglimento di redditi a beneficio della CFC*” (cfr. pagina 74 della bozza di Circolare).

Nell’esempio riportato, infatti, sulla base delle attività economicamente significative effettivamente svolte dalla controllata estera, sarebbe imputabile per trasparenza al socio residente solo l’importo di 250 (mentre non lo sarebbero gli importi di 450, legati all’attività di produzione, e di 300, derivanti da attività passive, ma il cui svolgimento viene dimostrato come idoneo a legittimare l’apprensione ed il mantenimento del relativo reddito nelle mani della controllata estera).

¹⁸ Similmente viene affermato nella relazione illustrativa, come segue: “*Al fine di contemperare le esigenze di semplificazione delle modalità di applicazione della disciplina CFC con la necessità di conservare la coerenza dell’ordinamento tributario interno preesistente, si è deciso di adottare un approccio che prevede l’imputazione al soggetto residente di tutti i redditi del soggetto controllato non residente localizzato in un Paese a fiscalità privilegiata, qualora quest’ultimo realizzi proventi per oltre un terzo derivanti da passive income.*”

¹⁹ In linea con quanto indicato nella bozza di Circolare a pagina 11 ove si evidenzia che le raccomandazioni BEPS riguardano “*regole che impediscano ai Gruppi multinazionali, ed in particolare alle varie entità che li compongono, di spostare in modo improprio il reddito in controllate estere.*”

Contributo

Coerentemente con quanto sopra rappresentato, si propone di inserire nella Circolare l'espresso riconoscimento della possibilità per il contribuente di provare il ricorrere dell'esimente dell'attività economica effettiva anche con riguardo a parte delle fonti di reddito dell'entità controllata estera, così da tassare per trasparenza unicamente la porzione reddituale riconducibile al reddito dirottato dall'Italia.

Tematica 10: coordinamento dell'esimente con fattispecie che sono caratterizzate dall'assenza o dalla peculiare modulazione dell'impiego diretto degli elementi richiesti dal comma 5 dell'articolo 167 TUIR ed in particolare: *“personale, attrezzature, attivi e locali”*

Paragrafi della circolare (Punti del provvedimento) interessati: Par. 6

Osservazioni

Pur nella consapevolezza della conformità “alle previsioni della Direttiva ATAD (articolo 7, paragrafo 2, lettera a)”, come precisato dalla relazione Governativa in risposta alla richiesta degli organi parlamentari di specificare “la non necessaria compresenza di tutti gli elementi indicati nella norma” (ossia l'impiego di “personale, attrezzature, attivi e locali”) si vogliono in questa sede evidenziare le potenziali criticità connesse, tra le altre, ad alcune fattispecie caratterizzate strutturalmente dall'assenza dell'impiego o dalla peculiare modulazione nell'impiego di “personale, attrezzature, attivi e locali” da parte dell'entità controllata estera (nozione che come noto riguarda sia “imprese, società ed enti non residenti” che “stabili organizzazioni” in “branch exemption” sia di imprese residenti che di imprese non residenti).

Le fattispecie, tra le altre²⁰, riguardano:

- la tipologia di “stabile organizzazione” che si configura per l'operare di un “agente dipendente” (secondo il modello previsto dal paragrafo 5 del Modello OCSE - c.d. stabile organizzazione personale);
- gli OICR di diritto estero;
- le *sub-holding* dei gruppi multinazionali con *headquarter* in Italia.

Sia la stabile organizzazione “personale” che gli OICR di diritto estero si caratterizzano geneticamente per l'assenza, in tutto o in parte, dell'impiego “diretto” di “personale, attrezzature, attivi e locali”.

Le *sub-holding* estere di gruppi multinazionali strutturati declinano questi elementi secondo modalità non comparabili con quanto occorre per le imprese industriali o commerciali.

Infatti la stabile organizzazione “personale”, solo per citare i casi più frequenti, si riscontra quando il “personale” di una *subsidiary* svolge nel proprio territorio funzioni di vendita (“*sales force*”) per conto (“*on behalf*”) dell'impresa estera²¹ e tale forma di stabile organizzazione è caratterizzata da una presenza “indiretta” in territorio estero e, in base alle regole OCSE (c.d. AOA), le potrebbero essere attribuiti asset²² (e

²⁰ Un ulteriore esempio potrebbe essere costituito dai veicoli di cartolarizzazione esteri assimilabili alle SPV previste dalla legge 130/1999.

²¹ Che nel caso in esame potrebbe essere in ipotesi l'impresa residente in Italia o la controllata estera quando la stabile organizzazione (anche “personale”) è in regime di esenzione (branch exemption).

²² Cui potrebbero essere ricondotti gli “attivi”.

rischi²³), e su tali basi i proventi (e quindi il reddito), in forza delle funzioni svolte dall'agente dipendente (si veda in merito il Report del 2010, par. da 227 a 247 del Capitolo I).

Parimenti l'OICR estero, similmente all'OICR residente in Italia, avendo natura di "patrimonio separato" gestito in monte e professionalmente da un terzo vigilato (la società di gestione), si caratterizza geneticamente e strutturalmente per l'assenza, quantomeno, di "personale", "attrezzature" e "locali".

Per tali tipologie di "presenze estere" l'esimente potrebbe porsi come una prova impossibile pur a fronte dell'assenza di alcuna forma di improprio distoglimento di reddito dall'Italia.

Volgendo l'attenzione alle entità che svolgono funzioni di *sub-holding*, nel contesto di gruppi multinazionali con testa in Italia, qualora non si accolga la proposta impostazione illustrata nella Premessa (secondo cui dovrebbero in ogni caso essere espunti dal *ETR test* e dal *passive income test* di dividendi di controllate estere), o in ogni caso, si propongono le seguenti considerazioni.

Si riscontra che la bozza di Circolare provvede a riguardo a fornire una specifica declinazione della circostanza esimente dell'effettivo esercizio di un'attività economica. Al paragrafo 6, si legge in negativo che, per le *holding*, l'esimente non può essere riconosciuta:

- in presenza di una struttura organizzativa dell'entità estera:
 - priva di effettiva attività e di una reale consistenza
 - e, in concreto, senza autonomia decisionale
- qualora l'entità estera non sia in grado di svolgere autonomamente le attività che generano i propri profitti.

La bozza di Circolare formula, inoltre, in positivo nell'allegato 5 - facendo leva, come precisato a pagina 80, su indici tessuti dalla precedente prassi a riguardo delle entità che gestiscono attività immateriali - una serie di elementi specifici idonei a comprovare la consistenza ed effettività della struttura organizzativa, l'autonomia decisionale e l'autonomia nelle attività di generazione dei profitti.

Appare anzitutto assolutamente pregevole lo sforzo compiuto nella bozza di Circolare, nel riconoscere la necessità di declinare la circostanza esimente in maniera aderente alla natura ed all'attività delle *sub-holding* estere: ad avviso di chi scrive, il richiamo a concetti ed indici quali quelli riportati nel paragrafo 6 e nell'allegato 5 potrebbe, tuttavia, generare una deriva interpretativa ed applicativa - in sede di interpellato probatorio o di controllo sostanziale *ex post*, a riscontri ad esempio della presenza nel *board* della *sub-holding* di un autonomo centro decisionale rispetto alla capogruppo²⁴ o della remunerazione degli amministratori²⁵ o ancora della autonoma disponibilità di sedi e uffici distinti da quelli delle altre entità del gruppo - che di fatto renderebbe indimostrabile l'esimente, in concreto, per le *sub-holding* estere di capogruppo italiane. Si tratta di fatti indice che devono essere interpretati e modellati in modo consistente con la *corporate governance* tipica dei grandi gruppi multinazionali, ordinariamente volta ad assicurare ad un tempo il governo degli investimenti esteri e l'efficienza nella gestione dei costi di struttura, oltre a riflettere modelli organizzativi che caratterizzano distintamente il singolo gruppo multinazionale, non potendosi riscontrare, al riguardo, il *one size that fits all* (così si riscontrano modelli più centralizzati con una catena di *manager* più corta ed altri maggiormente federali con responsabilità regionali autonome).

²³ Rischi che non paiono essere direttamente considerati dell'esimente, salvo ritenere che essi vadano attribuiti sulla base delle funzioni (di "risk management") svolte dal "personale" (che tuttavia nel caso della stabile organizzazione da "agente dipendente" potrebbe anche essere quello della subsidiary).

²⁴ Secondo quanto riportato nell'allegato 5 della bozza di Circolare, occorrerebbe riscontrare che nei verbali del *board* «gli amministratori non si limitino a ratificare decisioni prese dalla capogruppo attraverso "shareholders resolution" unilaterali».

²⁵ Ancora nell'allegato 5 della bozza di Circolare si richiede «l'attribuzione di una remunerazione adeguata» per gli amministratori.

Al fine di mitigare il rischio di una possibile e qui scongiurata chiave di lettura che di fatto metterebbe fuori gioco le *sub-holding* estere dei gruppi italiani, appare opportuno spendere alcune considerazioni che si auspica possano trovare un riconoscimento nel testo definitivo della Circolare.

Nel tratteggiare i nostri commenti, prendiamo le mosse dal dato letterale del comma 5 dell'art. 167 del TUIR, per evidenziare un *quid novi* rispetto al previgente testo ante ATAD.

La novellata esimente utilizza, infatti, la locuzione «*attività economica*», in luogo del previgente testo che faceva riferimento alla «*attività industriale o commerciale*». Appare chiara la maggiore ampiezza dell'attuale formulazione dell'esimente, potendosi, così, meglio attagliare ad entità che, per loro natura, non svolgono, in senso stretto, attività commerciale, quali appunto le società *sub-holding* di partecipazioni di grandi ed articolati gruppi con sede principale in Italia, ma che, non per questo, rappresentano un rischio di distrazione di reddito dalla giurisdizione della controllante italiana Capogruppo.

La nuova esimente, tuttavia, richiede che l'attività economica effettiva sia svolta «*mediante l'impiego di personale, attrezzature, attivi e locali*». In sede di esame dello schema di decreto legislativo di recepimento della Direttiva ATAD 1, come già cennato, era stato sollecitato l'inserimento, nella norma, della specificazione che, ai fini dell'applicazione dell'esimente, non fosse richiesta la compresenza di tutti gli elementi ivi indicati (i.e. personale, attrezzature, attivi e locali), ma anche solo alcuni di essi, in ragione anche della natura della società controllata estera. Il Parere della 6^a Commissione Finanze e tesoro del Senato, a tal riguardo, chiedeva: «(omissis) *h) valuti il Governo l'opportunità di modificare l'articolo dello schema e, in particolare al comma 1, alinea art. 167, comma 5, valuti l'opportunità di modificare la disciplina della esimente specificando che non è necessaria, ai fini della sua applicazione, la presenza di tutti gli elementi indicati nella norma, ben potendo verificarsi, ad esempio, senza l'impiego di personale o di particolari attrezzature*». La risposta nella relazione Governativa conforta l'interprete circa la non necessaria compresenza di tutti gli elementi indicati nella norma.

In ogni caso, alla luce del dato letterale del novellato comma 5 dell'art. 167 del TUIR, l'*adeguatezza* strutturale della società estera controllata dovrebbe essere valutata in coerenza con l'attività svolta, in relazione alla natura propria della società controllata estera, tenendo, cioè, conto della natura dell'oggetto sociale della stessa, nonché dei rischi di distoglimento da “*base erosion and profit shifting*”. Ne segue che - in conformità con gli insegnamenti della Corte di Giustizia a riguardo della libertà di stabilimento e della Corte di Cassazione - non pare si possa escludere a priori la legittima esistenza (e il conseguente controllo) di società *sub-holding* di partecipazioni, con dotazioni di persone e mezzi estremamente limitate, anche in ragione del modello di *corporate governance* cui si faceva cenno in premessa di queste analisi²⁶.

Considerazioni di tale tenore, peraltro, sono state fatte proprie anche dall'Agenzia delle Entrate con la Risoluzione 5 agosto 2016, n. 69/E – emessa in risposta ad una istanza di interpello concernente la nozione di “commercialità” ai fini dell'applicazione dell'art. 166-bis del TUIR – la quale ha ritenuto «*che il presupposto consistente nell'esercizio di un'impresa commerciale, cui è subordinato il regime in esame, deve intendersi riferito a tutti i soggetti titolari di reddito d'impresa secondo l'ordinamento domestico, a prescindere dall'attività economica concretamente svolta dai medesimi*». In sostanza, una (*sub*)holding può legittimamente esercitare il “diritto di stabilimento” nel nostro Paese, anche se svolge una mera detenzione di partecipazioni e non – in senso tecnico – una “attività commerciale”.

La valutazione dell'esimente appare di particolare delicatezza laddove la società estera sia fiscalmente residente in uno Stato membro dell'Unione europea. La disciplina CFC domestica deve, infatti, essere coordinata anche con l'esercizio delle libertà fondamentali, sancite dai Trattati dell'Unione, segnatamente con la libertà di stabilimento di cui all'art. 49 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE)²⁷.

²⁶ Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione europea, sentenza 7 settembre 2017, *Eqiom*, C-6/16; Cass., sez. V., sentenze n. 27112/2016, n. 27113/2016, n. 27114/2016, n. 27115/2016 e n. 27116/2016.

²⁷ Secondo il consolidato orientamento della Corte di Giustizia, la restrizione delle libertà fondamentali può essere ammessa soltanto se giustificata da motivi imperativi di interesse generale (che articolano la c.d. *rule of reason*) e, comunque, nei limiti in cui essa è idonea a

Al tal riguardo, le statuizioni del Giudice eurounitario hanno circoscritto il campo di azione della disciplina CFC alle entità che ricadano nella nozione di “costruzione di puro artificio” (*wholly artificial arrangement*). In specie, per le entità localizzate nell’Unione europea, tale condizione ricorre unicamente per le installazioni fittizie, che presentano le caratteristiche di società “fantasma” o “schermo”, diversamente dalle entità localizzate in Paesi terzi, per le quali, invece, viene in rilievo «*qualsiasi operazione il cui obiettivo principale o di cui uno degli obiettivi principali consista nel trasferimento artificioso degli utili generati da attività svolte sul territorio di uno Stato membro verso paesi terzi a basso livello di imposizione*»²⁸.

Secondo i Giudici eurounitari, una costruzione societaria non può considerarsi artificiosa ove «*da elementi oggettivi e verificabili da parte di terzi risulti che, pur in presenza di motivazioni di natura fiscale, la controllata è realmente impiantata nello Stato di stabilimento e ivi esercita attività economiche effettive*» (cfr. Causa C-196/04, sentenza Cadbury-Schweppes, punto 75). I giudici lussemburghesi hanno, addirittura, sottolineato che «*la circostanza che le attività corrispondenti agli utili della società estera controllata ben avrebbero potuto essere effettuate anche da una società stabilita sul territorio dello Stato membro in cui si trova la società residente non può permettere di concludere per l’esistenza di una costruzione di puro artificio*» (cfr. sentenza Cadbury-Schweppes, punto 69).

Appare evidente la necessità di improntare a tali prescrizioni eurounitarie – a fortiori oggi, alla luce della novellata esimente – la valutazione a fini CFC, in specie con riguardo a insediamenti esteri in Stati membri che assolvano alla funzione di *sub-holding*; sicché la (mera) detenzione di partecipazioni non potrà far derubricare l’entità estera a società che non svolge attività economiche proprie, ben dovendo essere esaminato, al fine di escludere il ricorrere delle installazioni fittizie, non già il livello di presenza fisica di tale società in termini di locali, di personale ovvero di attrezzature, bensì gli aspetti sopra declinati di *business purpose*.

In sede unionale, è stato altresì affermato che limitarsi ad amministrare beni non implica, di per sé, il ricorrere di una costruzione puramente artificiosa, priva di qualsiasi effettività economica (cfr. CGUE, 20 dicembre 2017, cause C-504/16 e C-613/16, Deister Holding e Juhler Holding), ma anzi impone proprio di contestualizzare la valutazione dei requisiti di sostanza economica alle «*peculiarità che caratterizzano l’attività economica in questione*» (cfr. CGUE, 26 febbraio 2019, cause riunite C-116/16 e C-117/16, punto 104, e cause riunite C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C-299/16, punto 131).

La giurisprudenza italiana, dal canto suo, non solo ha affermato l’effettività dell’attività di gestione di pacchetti azionari, in quanto «*connaturato alla natura di holding*»²⁹, ma ha anche argomentato che l’assenza di una struttura organizzativa pesante non può essere, di per sé, indice di fittizietà di una *holding* c.d. statica (cfr. CTR Milano n. 1575 del 18 marzo 2019 e Cass., sez. V, sentenze n. 27112, 27113, 27115 e 27116 del 28 dicembre 2016).

Tornando al tema della declinazione in concreto dell’esimente rispetto alle *sub-holding*, volendo trovare nella bozza di Circolare spunti che confermino quanto sin qui prospettato, appare di particolare interesse il passaggio del paragrafo 12.2, in cui viene precisato come «*in caso di strutture particolarmente articolate, sarà adeguatamente valutata, in sede di interpello, la circostanza che tale struttura non comporta la distrazione di utile dall’Italia verso altri Paesi o territori, nonché le ragioni economiche imprenditoriali alla base della stessa*». L’affermazione sembra consentire una declinazione dell’esimente, particolarmente per le

garantire il conseguimento dell’obiettivo perseguito e non eccede quanto è necessario per raggiungerlo (cfr., in tal senso, sentenze dell’11 ottobre 2007, *ELISA*, C-451/05, punti 79 e 82; del 23 gennaio 2014, *DMC*, C-164/12, punto 44, nonché del 21 giugno 2018, *Fidelity Funds et al.*, C-480/16, punto 64). Il solco di tali insegnamenti è stato ripercorso anche con riferimento alle restrizioni connesse alla CFC rule, sin dalla sentenza del 12 settembre 2006 (*Cadbury Shweppes*, C-196/04), per giungere al recente pronunciamento del 26 febbraio 2019 (C-135/17)..

²⁸ Corte di Giustizia dell’Unione europea, sentenza 26 febbraio 2019, causa C-135/17.

²⁹ Cfr. CGUC, sentenza 17 luglio 1997, C-28/95, Leur-Bloem, punto 41).

sub-holding, che vada oltre la mera lettura formale e meccanicistica della presenza di personale, attrezzature, attivi e locali.

Il contrasto alla distrazione di utili dall'Italia rappresenta, d'altro canto, l'obiettivo della normativa CFC, come declinato nella relazione illustrativa del decreto legislativo n. 128 del 2015, secondo la quale «*la finalità della norma è quella di evitare che i soggetti con società controllate in Paesi a fiscalità privilegiata possano attuare pratiche di pianificazione fiscale in virtù delle quali trasferiscano ingenti quantità di utili dalla società controllante - soggetta ad elevata fiscalità - verso le società controllate soggette, invece, a tassazione ridotta*».

Ne segue che la valutazione stessa dell'esimente rispetto all'applicazione della normativa CFC alle *sub-holding*, ex comma 5 dell'art. 167, come oggi riformulata nel riscontro dello svolgimento di un'attività economica effettiva da parte della società controllata, non potrà non incentrarsi, in linea con le finalità della norma CFC, sull'assenza di profili di artificiosità della *sub-holding* estera, da intendersi come assenza di fenomeni di distrazione di base imponibile dal territorio italiano e di dirottamento della stessa verso controllate estere a bassa fiscalità. In altri termini, la consistenza della struttura della controllata estera (personale, attrezzature, attivi e locali) e la sua adeguatezza rispetto all'attività svolta dovrebbero essere valutati con esclusivo riguardo agli effettivi risultati di distrazione del reddito determinati dalla presenza della *sub-holding* nella catena societaria. Per questa via appare possibile la concessione dell'esimente anche di fronte a strutture relativamente leggere nella misura in cui la presenza della controllata non mascheri o comunque non produca effetti di distoglimento del reddito dall'Italia.

Una siffatta declinazione specifica dell'esimente per gli insediamenti esteri deputati a funzioni di *sub-holding* appare pienamente in linea anche con gli approdi della giurisprudenza di legittimità, che ha recentemente cassato una contestazione dell'Amministrazione finanziaria italiana circa l'assenza di attività economica della società *holding* olandese, fondata sul fatto di «*non svolge[re] alcuna attività economica*» e di «*limita[rsi] a custodire la partecipazione [nella entità italiana], a registrare annualmente la percezione dei dividendi e a pagare gli onorari a consulenti ed amministratori*»³⁰. Quanto alla contestazione di assenza di attività economica, la Corte di Cassazione afferma, infatti, che «*lo svolgimento di una mera attività di gestione dei pacchetti azionari è connaturata alla natura di holding*» della società *holding* non residente.

Analoga necessità di leggere opportunamente, e di conseguenza applicare, i requisiti di *economic substance* per le *sub-holding* è sposata dai documenti dell'OCSE che, nel contesto dell'Azione 5 del progetto BEPS, hanno affrontato le tematiche relative ai regimi fiscali preferenziali. In particolare, secondo il Report dell'Azione 5, di ottobre 2015, «*holding companies [that hold equity participations and earn only dividends and capital gains] and that provide benefits only to dividends and capital gains, however, raise different policy considerations than other preferential regimes in that they primarily focus on alleviating economic double taxation. They therefore may not in fact require much substance in order to exercise their main activity of holding and managing equity participations*».

Nel seguito dei lavori di implementazione del progetto BEPS, in seno al c.d. *inclusive framework* - ove siedono oggi 139 giurisdizioni, tra cui l'Italia - è stato ulteriormente chiarito come le finalità per cui vengono costituite *holding* di partecipazioni siano connesse all'esigenza di evitare la doppia imposizione (grazie ai regimi fiscali del tipo *dividend-participation exemption*), piuttosto che essere limitrofe a fenomeni di *base erosion and profit shifting*³¹: ne segue che la previsione di regimi quali la *participation exemption*, non deve considerarsi *harmful* anche se il *tax benefit* correlato «*is based on policy considerations other than notions of value creation*» – ovvero anche in assenza dei tradizionali *substantial activity factor* che assicurano ontologicamente l'allineamento tra luogo di produzione del valore e luogo di tassazione.

³⁰ Cass., 28 maggio 2019, sent. n. 14527.

³¹ OECD, Harmful Tax Practices - 2017 Progress Report on Preferential Regimes, 2017: «For pure equity holding companies, which only hold equity participations and earn only dividends and capital gains, the Action 5 Report makes clear that there is less concern of such regimes being used for BEPS».

In conclusione, con l'obiettivo di escludere una lettura dell'esimente che, nell'analisi fattuale degli elementi indice declinati nell'allegato n. 5 della bozza di Circolare, comporti l'esclusione in radice della stessa esimente in capo alle *sub-holding* di gruppi multinazionali basati in Italia, pare utile che la Circolare, nella versione definitiva, precisi, al paragrafo 6, pagina 80, che l'esimente possa essere riconosciuta, anche in presenza di una struttura organizzativa leggera, coerente con il ruolo di *sub-holding* statica, che non integri la prova dell'esistenza di un autonomo centro decisionale, laddove l'insediamento estero della *sub-holding* non abbia realizzato alcuna distrazione di utili dalla base imponibile italiana. A tal fine, nell'allegato n. 5, potrà inoltre essere inserito il riferimento ad ulteriori fatti indice, alternativi a quelli già mappati nello stesso allegato e pertinenti la predetta autonomia dell'attività gestoria, la cui dimostrazione possa comprovare l'assenza di effetti distorsivi di dirottamento di utili, quali ad esempio che l'entità *sub-holding* estera:

- ritragga proventi esclusivamente dai dividendi ad essa distribuiti dalle società partecipate controllate estere ed al contempo, alternativamente, queste ultime svolgano un'effettiva attività economica nel territorio di relativo insediamento o, in ogni caso, siano già nel campo di applicazione delle *CFC rule* (ed a prescindere dal superamento delle condizioni di ingresso e dal riscontro o meno dell'esimente); oppure
- non registri utili generati da attività (economicamente significative) effettivamente svolte sul territorio italiano ma altrove; oppure
- non abbia in essere alcuna transazione di carattere erosivo o distrattivo di redditi generati in Italia, ed in particolare non possa realizzare, a mezzo di altri *passive income* (diversi da dividendi e/o plusvalenze in "controllate estere"), l'effetto di distrarre utili dall'Italia; oppure
- risponda e sia coerente con una logica di segregazione societaria dei rischi (i.e., quale entità "datore, anche unico di pegno" delle azioni delle partecipate costituito spesso dietro esplicita richiesta da parte di istituti finanziari o investitori per finalità garantistica) sia di specifiche aree (anche geografiche) di *business* del gruppo; oppure
- sia comunque estranea a qualsivoglia disegno di dirottamento di utili a danno dell'Italia, ad esempio perchè preesistente rispetto all'acquisizione da parte del gruppo multinazionale italiano o rispetto all'entrata in vigore della normativa CFC in Italia.

Tematica 11: trattamento delle perdite fiscali estere pregresse

Paragrafi della circolare (Punti del provvedimento) interessati: Par. 7 e par 7.3

Osservazioni

La bozza di Circolare chiarisce che l'avvio del "monitoraggio" delle grandezze rilevanti relative alla controllata estera può "partire dal periodo d'imposta in cui la normativa CFC, in relazione alla specifica entità estera, trova concreta applicazione".

In tale contesto la medesima bozza di Circolare precisa che in tale scenario, "come chiarito nella citata circolare n. 23/E, tanto ai fini dell'ETR test quanto ai fini della determinazione del reddito della CFC da imputare per trasparenza), vanno assunti quali valori di partenza fiscali quelli risultanti dal bilancio o rendiconto relativo all'esercizio precedente e non si potrà tener conto di eventuali perdite (virtuali) relative ad esercizi precedenti."

In questa sede, si vuole chiedere conferma della valenza, anche nel contesto delle "nuova" *CFC rule* del chiarimento contenuto nella citata Circolare n. 23/E con riguardo al calcolo dell'ETR test. Nella citata Circolare, infatti, è stato precisato quanto segue:

"Per ragioni di semplicità e di omogeneità nel confronto tra tax rate, in vigore delle disposizioni di cui all'articolo 167, comma 8-bis, del TUIR vanno azzerate le perdite

fiscali pregresse maturate dalla controllata estera antecedentemente all'applicazione - nei suoi confronti - delle citate disposizioni, a prescindere dalla loro anzianità o dai motivi che hanno portato alla loro formazione. Peraltro, una diversa soluzione potrebbe essere pregiudizievole nei confronti del contribuente, oltre a costituire un eccessivo onere a suo carico.

Qualora, infatti, si desse rilevanza alle perdite fiscali pregresse estere ai fini del calcolo di entrambi i tax rate:

- il tax rate estero sarebbe pari a zero fino a compensazione delle perdite pregresse;*
- il socio residente dovrebbe rideterminare, secondo le disposizioni fiscali domestiche, i redditi (e quindi le perdite) conseguiti dalla controllata estera nei periodi d'imposta pregressi all'applicazione nei suoi confronti del citato comma 8-bis. Solo in questo modo, infatti, tali perdite potrebbero rilevare ai fini del calcolo del tax rate domestico."*

Contributo

Aggiungere dopo la frase "non si potrà tener conto di eventuali perdite (virtuali) relative ad esercizi precedenti" la seguente formulazione "**Coerentemente, come già chiarito nella citata Circolare n. 23, vanno anche azzerate le perdite fiscali pregresse maturate dalla controllata estera antecedentemente all'applicazione - nei suoi confronti - delle citate disposizioni, a prescindere dalla loro anzianità o dai motivi che hanno portato alla loro formazione**".

Tematica 12: la spettanza del credito per imposte pagate all'estero

Paragrafi della circolare (Punti del provvedimento) interessati: Par. 7.4

Osservazioni

La bozza di Circolare propone un'interpretazione molto restrittiva del tenore letterale del comma 9 dell'articolo 167 TUIR.

In particolare, tale disposizione recita quanto segue: "Dall'imposta determinata ai sensi del comma 8 sono ammesse in detrazione, con le modalità e nei limiti di cui all'articolo 165, le imposte sui redditi pagate all'estero a titolo definitivo dal soggetto non residente."

In particolare, la bozza di Circolare afferma che "il tenore letterale del comma 9 dell'articolo 167 del TUIR, in sede di imputazione del reddito della CFC in capo al controllante italiano, non consente di rendere accreditabili anche le imposte assolute sul reddito della CFC dai soggetti controllanti esteri "intermedi" che abbiano a loro volta applicato la tassazione per trasparenza della medesima CFC in base alla propria disciplina interna."

Sembra di comprendere che tale conclusione sia basata sulla considerazione che "il soggetto non residente" cui fa riferimento il comma 9 (e che ha subito "le imposte sui redditi pagate all'estero a titolo definitivo") debba essere immancabilmente lo stesso soggetto estero il cui reddito è imputato per trasparenza al controllante residente e che non sia, invece, possibile ammettere il riconoscimento di imposte estere dovute da un altro soggetto non residente sul "reddito" della controllata estera, ossia il "reddito" che è imputato per trasparenza al socio italiano.

Tale impostazione basata sul tenore letterale del citato comma contravviene ad uno dei capisaldi delle indicazioni OCSE circa il disegno di CFC attinente a non ingenerare, inutilmente, doppia (o multipla) imposizione. In particolare, oggetto della tassazione per trasparenza in capo al soggetto residente è il “reddito” della controllata estera e, nella logica di evitare la doppia imposizione, sarebbe confacente con la “ratio” dello scomputo delle imposte estere, valorizzare l’identità del “reddito” rispetto a quella del “soggetto”.

La bozza di Circolare, invece, ritiene essenziale l’identità del “soggetto” e non del “reddito” come trasparente quando la medesima ammette che *“Diversa è l’ipotesi in cui la stabile organizzazione all’estero dell’impresa residente detenga a sua volta partecipazioni in una CFC. Qualora anche la stabile organizzazione assoggettasse ad imposizione per trasparenza il reddito della CFC in virtù della legislazione vigente nel suo Stato di localizzazione, le imposte da questa versate all’estero, a titolo definitivo, sono infatti da riconoscere in detrazione ai fini della tassazione del medesimo reddito in capo all’impresa residente ai sensi della disciplina in esame. Ciò a prescindere dal fatto che l’impresa residente abbia o meno optato per il regime della branch exemption”*.

In tale caso, in particolare, pare che la bozza di Circolare vada oltre il tenore letterale del comma 9 (che come detto fa riferimento alle imposte pagate a titolo definitivo da un “soggetto non residente”) per riconoscere l’accreditabilità delle imposte estere assolte da un “soggetto residente” (infatti l’operare di un’impresa residente in Italia tramite stabile organizzazione all’estero non rende tale soggetto un “soggetto non residente” e, allo stesso tempo, letteralmente una stabile organizzazione non può essere ricompresa nella nozione di “soggetto non residente”).

Su tali basi, avendo riconosciuto la stessa bozza di Circolare la possibilità di andare oltre un’interpretazione del comma 9 strettamente letterale, si sottopone un’interpretazione del citato comma 9 idonea a riconoscere che anche le imposte pagate da un “soggetto non residente” (ad esempio una *parent* che applica la CFC) relativamente al reddito della controllata estera (altro “soggetto non residente”) siano accreditabili nell’ambito dell’imposta dovuta in Italia sul reddito imputato per trasparenza in capo al socio italiano.

Per altro, lo stesso tenore letterale dell’articolo 165 TUIR è declinato in termini “oggettivi” (*“Se alla formazione del reddito complessivo concorrono redditi prodotti all’estero, le imposte ivi pagate a titolo definitivo su tali redditi sono ammesse in detrazione”*) focalizzando l’attenzione sul reddito (“redditi prodotti all’estero”) e sulle imposte relative a tale reddito (“su tali redditi”).

In altri termini, le imposte da CFC dovute da una entità estera intermedia sul reddito della controllata estera (ossia i “redditi prodotti all’estero”) potrebbero essere ricondotte alle imposte dovute su tali redditi da un “soggetto non residente”.

Tale interpretazione avrebbe il pregio di ricondurre ad unità la disciplina CFC sia in termini di calcolo del ETR estero (*cf.* par 4.1.1 della bozza di Circolare ove già si assiste ad un ampliamento delle imposte rilevanti per il relativo calcolo) che di scomputo delle relative imposte assolte all’estero su tali redditi; il tutto anche in linea con il principio di proporzionalità. Ragionare diversamente, invece, produrrebbe l’ovvia conseguenza di introdurre una multipla tassazione disperdendo (ossia non attribuendo rilevanza) ad imposte assolte all’estero seppur specificamente riferibili al “reddito CFC” oggetto di ulteriore tassazione in Italia.

Contributo

Si chiede di chiarire che, parimenti a quanto precisato in tema di ETR *test*, ai fini del credito per imposte estere il tenore letterale dell’articolo 167, comma 9, non è di ostacolo al riconoscimento delle imposte dovute da una entità estera intermedia (es: CFC rule estera) sul reddito della controllata estera (in quanto comunque riconducibili ai “redditi prodotti all’estero” oggetto di ulteriore tassazione in Italia).

Tematica 13: trattamento del trasferimento di residenza fiscale in Italia

Paragrafi della circolare (Punti del provvedimento) interessati: Par. 8.1

Osservazioni

La bozza di Circolare afferma che in caso di trasferimento della residenza fiscale in Italia il coordinamento tra la disciplina prevista dall'articolo 166/bis (che riconosce in ingresso il valore di mercato del complesso aziendale o dei beni importati quale criterio per riconoscere la tassazione esclusiva - delle plusvalenze o delle minusvalenze - alla giurisdizione estera ove i plus (minus) valori si sono formati) e la disciplina dell'articolo 167 (la cui finalità specificamente anti-elusiva, come affermato dalla relazione illustrativa, è quella di evitare "che i soggetti con società controllate in Paesi a fiscalità privilegiata possano attuare pratiche di pianificazione fiscale in virtù delle quali trasferiscano ingenti quantità di utili dalla società controllante - soggetta ad elevata fiscalità - verso le società controllate soggette, invece, a tassazione ridotta") viene risolto nel senso della disattivazione del riconoscimento dei valori in ingresso "qualora le attività e le passività della società che si trasferisce in Italia abbiano già un valore rilevante ai fini delle imposte sui redditi" (vedi pagina 101).

Tale conclusione viene poi giustificata in quanto, da una parte, "in linea di principio, la valorizzazione dei beni deve avvenire tenendo conto dell'esigenza di garantire la continuità dei valori fiscalmente riconosciuti" e, dall'altra, "il riconoscimento del valore di mercato, invece di sterilizzare i valori che si sono formati all'estero, potrebbe generare fenomeni di discontinuità e salti di imposta all'interno del sistema fiscale italiano."

In concreto, inoltre, il coordinamento tra articolo 166/bis (che non trova applicazione) ed articolo 167 (che imporrebbe la continuità dei valori fiscali) viene declinato nel seguente modo: "Pertanto, se una società estera che trasferisce la propria sede in Italia si è qualificata come CFC nel periodo di residenza all'estero e i suoi redditi sono stati tassati per trasparenza in Italia, si ritiene che le attività e le passività della suddetta società debbano assumere valori fiscali pari a quelli utilizzati ai fini della disciplina CFC al 31 dicembre dell'ultimo esercizio di tassazione per trasparenza (in caso di esercizio coincidente con l'anno solare)."

In primo luogo si chiede di meglio chiarire se il riferimento alla circostanza che la società che trasferisce la residenza si sia "qualificata come CFC nel periodo di residenza all'estero e i suoi redditi sono stati tassati per trasparenza in Italia" vada intesa in senso assoluto (bastando ad esempio che la tassazione per trasparenza sia avvenuta prima del trasferimento) oppure solo con riguardo al "ultimo esercizio di tassazione per trasparenza" che precede il periodo in cui avviene il trasferimento (così che, ad esempio, se il trasferimento avviene a partire dal 1/1/2022 e la controllata estera non è stata tassata per trasparenza nell'esercizio 2021, ma solo nel 2020, potrà trovare applicazione la disciplina dell'articolo 166/bis senza ulteriori vincoli).

In ogni caso, si propone di valutare la possibilità di prevedere un coordinamento tra l'articolo 166/bis e l'articolo 167 che sia maggiormente idoneo al coordinamento delle finalità delle due discipline (di sistema la prima e spiccatamente anti-elusiva la seconda) permettendo, ad esempio, al contribuente di dimostrare, in occasione del rientro, che almeno parte degli asset (ed in generale dei valori) che rientrano sono detenuti dalla controllata estera non nell'ambito di "pratiche di pianificazione fiscale" ma nel pieno rispetto del luogo di creazione del valore (ossia che non vi sono fenomeni di dirottamento a danno dell'Italia). Il tutto in linea con la proposta operata in sede di commento circa il funzionamento dell'esimente prevista dal comma 5 ed in piena aderenza con il principio di proporzionalità.

Per altro il coordinamento sopra proposto pare in linea con la natura delle rispettive discipline laddove: i) l'articolo 166/bis si delinea come una disciplina strutturale e di sistema mentre ii) la disciplina CFC si caratterizza per essere una disciplina spiccatamente antielusiva. In tale contesto è giocoforza ritenere che l'ampiezza della ratio antielusiva dell'articolo 167 non possa spingersi oltre quanto strettamente necessario

per raggiungere la finalità e potendo, al contempo, il contribuente dimostrare in modo appropriato che nel caso concreto i beni (o valori) importati sono relativi, anche solo in parte, ex comma 5 dell'articolo 167 ad un'attività economica effettiva con sostanza svolta ovunque all'estero e non in Italia.

Contributo

Si chiede di precisare che in sede di coordinamento tra articolo 167 e articolo 166/bis del TUIR vada tenuta in debita considerazione la natura spiccatamente anti-elusiva della disciplina CFC di modo che il principio di continuità dei valori fiscalmente riconosciuti non possa assurgere ad ostacolo del riconoscimento dei valori fiscali in ingresso a mercato quando sia dimostrato che tutti, o parte, di questi valori, non sono frutto di dirottamento di reddito a danno dell'Italia.

Tematica 14: precisazione relativamente agli OICR armonizzati o comunque localizzati UE e SEE

Paragrafi della circolare (Punti del provvedimento) interessati: Par.9

Osservazioni

In merito ai chiarimenti resi a pagina 116 della bozza di Circolare (ove si legge che, relativamente ai “fondi c.d. armonizzati, amministrati secondo le disposizioni previste dalle direttive 85/611/CEE e 2009/65/CE, nonché degli OICR stabiliti in Stati Membri dell'Unione europea o in Stati aderenti all'Accordo sullo spazio economico europeo e comunque sottoposti a forme di vigilanza prudenziale”) si chiede di puntualizzare come debba intendersi la precisazione secondo cui relativamente a tali entità “non è escluso che anche per tali entità possano comunque ravvisarsi in casi particolari i presupposti applicativi della disciplina CFC”.

In primo luogo, nel citato passaggio non vi è il riferimento alla direttiva 2011/61/UE (sui sui gestori di fondi d'investimento alternativi) che, come noto, a livello domestico sono dal punto di vista fiscale equiparati ai fondi UCITS.

In assenza di evidenti ragioni per differenziare tali tipologie di fondi si chiede di valutare l'opportunità di aggiungere anche il riferimento alla direttiva 2011/61/UE.

Inoltre, si chiede di precisare che il riferimento ai “casi particolari” vada riferito alle specifiche tipologie di reddito soggetto a ritenuta, qualora tali OICR fossero stati residenti in Italia, e non vada invece inteso con riferimento al riscontro delle caratteristiche di OICR di modo che alle entità descritte nel paragrafo precedente (fondi UCITS e AIF) non saranno mai applicabili le “ordinarie regole (disciplinanti il reddito di impresa, come richiamate dal comma 7 dell'art. 167)...”.

Contributo

Si propone di aggiungere alla seguente frase: “fondi c.d. armonizzati, amministrati secondo le disposizioni previste dalle direttive 85/611/CEE e 2009/65/CE, nonché degli OICR stabiliti in Stati Membri dell'Unione europea o in Stati aderenti all'Accordo sullo spazio economico europeo e comunque sottoposti a forme di vigilanza prudenziale” anche il riferimento alla direttiva 2011/61/UE.

Inoltre, si propone la seguente formulazione: “Cionondimeno, non è escluso che anche per tali entità possano comunque ravvisarsi - **in nei** casi particolari **dei proventi di fonte estera sopra descritti** - i presupposti applicativi della disciplina CFC.”

Tematica 15: interpretazioni o approcci innovative e salvaguardia della buona fede dei contribuenti.

Paragrafi della circolare (Punti del provvedimento) interessati: vari

Osservazioni

La bozza di Circolare, e lo schema di provvedimento, introducono alcune innovazioni o cambi di orientamento rispetto a precedenti diffusi chiarimenti o anche rispetto all'interpretazione condivisa dagli operatori e dalla dottrina.

Tuttavia, la bozza di Circolare è naturalmente, vista la natura meramente interpretativa e di indirizzo all'amministrazione finanziaria stessa, destinata ad essere applicata fin dall'entrata in vigore del nuovo articolo 167 TUIR (in genere dal 1/1/2019 per i contribuenti con periodo d'imposta solare).

Analogamente potrebbe ritenersi per lo schema di provvedimento.

Ai fini di tutela della buona fede dei contribuenti che hanno già presentato le dichiarazioni dei redditi facendo affidamento su precedenti impostazioni, poi non accolte dalla Circolare e modificate dal Provvedimento si propone di valutare l'opportunità:

- di precisare la non applicabilità delle sanzioni in sede di controllo, relativamente ai nuovi orientamenti accolti dalla Circolare; si pensi a titolo esemplificativo ai chiarimenti relativi ai dividendi distribuiti da CFC tassate per trasparenza, al tema del rendiconto della stabile in organizzazione in esenzione da assumere vista casa madre o all'interpretazione dei numeri 6) e 7) del comma 4 dell'articolo 167;
- di prevedere una clausola di salvaguardia per i comportamenti pregressi relativamente alle innovazioni del Provvedimento; si pensi al tema delle sterilizzazioni delle variazioni temporanee a riversamento non certo e predeterminato.
